MÉTODO Y PRÁCTICA

DE LOS CUATRO JUICIOS

CIVIL ORDINARIO,

SUMARIO DE PARTICION,

EJECUTIVO,

Y GENERAL DE CONCURSO DE ACREEDORES.

ANOTADOS

CON LAS ESPECIES MAS OCURRENTES EN LOS TRIBUNALES.

Obra útil para los pasantes de las academias de práctica, y aun para los abogados principiantes.

ESCRITA

POR EL DOCTOR D. ISIDORO ALCARAZ Y CASTRO,
Abogado que fue de los Reales Consejos.

QUINTA EDICION

CORREGIDA Y ADICIONADA CONSIDERABLEMENTE

POR

DON SANTIAGO DE ALVARADO Y DE LA PEÑA,
Notario de los Reinos, y del ilustre Colegio de Madrid.

MADRID: 1828.
POR DON JULIAN VIANA RAZOLA.
Con licencia.

PRÓLOGO DEL EDITOR.

Animado con la grata acogida que el Público se ha dignado dispensar á la *Práctica de sustanciar pleitos ejecutivos y ordinarios* de don Antonio Salazar, y á la *Direccion de Alcaldes ordinarios y pedáneos de España* del señor don Vicente Vizcaino Perez, cuyas dos obras he corregido y añadido en las últimas ediciones que acaban de publicarse, me atrevo á ofrecerle igualmente la presente del señor don Isidoro de Alcaraz (cuya cuarta edicion hace muchos años está totalmente consumida), que en nada, á mi corto entender, cede á aquellas con respecto á su mérito y utilidad.

El señor Alcaraz trata con la mayor sencillez y claridad de los cuatro juicios, *civil ordinario*, *sumario de particion*, *ejecutivo*, y *general de concurso de acreedores*, de tal modo, que parece conducir por la mano al lector sin abandonarle hasta dejarle totalmente instruido en lo mas esencial de ellos; de suerte que el asistente á las academias y pasantías de Jurisprudencia, y aun el Letrado principiante, halla en esta obrita un pequeño manual de su facultad, donde se encuentra reunido lo mas precioso é interesante de ella. Para que esto pueda verificarse aún mas,

es decir, para hacer completo el *juicio ordinario* en todos los trámites que puede seguir, le he adicionado con los recursos de *apelacion* y *súplica*, de que carecia; poniendo ademas la práctica que en ellos se sigue en el Consejo Real y Supremo de Castilla cuando las apelaciones se interponen de sentencias de los juzgados de Provincia, ó de los señores Tenientes de Corregidor de Madrid, que difiere bastante de la de los demas tribunales de fuera de la corte, siguiendo en todo al señor Escolano en su preciosa obra intitulada *Práctica del Consejo Real*; igualmente he seguido á este autor, á los señores Conde de la Cañada, Elizondo, Febrero y otros muchos que han honrado, y actualmente honran el Foro español, en los recursos estraordinarios de segunda *suplicacion* é *injusticia notoria*, que tambien he añadido á esta obra para su mayor perfeccion y utilidad de los que se dedican al sublíme estudio de la jurisprudencia. Si algo bueno se contiene en mis adiciones, pertenece á los célebres autores que he citado; si se contienen algunos errores, son mios, aunque no hijos de mi voluntad; confesando, como confieso ingenuamente, que á pesar de la mucha atencion y cuidado que he puesto en mi trabajo, se han escapado á mi penetracion é inteligencia. No obstante, confio en que mis compatriotas me los disimularán (pues no deben ser tampoco muy gran-

des y esenciales) en consideracion al buen deseo que me aníma de ser útil á mi patria en cuanto alcancen mis cortas luces.

La segunda parte de esta obra comprehende los cuatro *juicios criminales de contrabando* que el señor Alcaraz trata con bastante concision. Desde que este autor escribió su obra han salido varias Reales cédulas, órdenes é instrucciones, y en fin la de 8 de Junio de 1805 sobre el modo de proceder en las causas de fraude de la Real Hacienda, y penas que deben imponerse á los defraudadores, que es á la que deben arreglarse y se arreglan en el dia las causas ó juicios de que trata el autor. Por esta causa me ha parecido absolutamente preciso añadir tambien esta Real instruccion á la obra, y arreglar á ella en cuanto ha sido posible la doctrina del señor de Alcaraz, poniendo muchas citas de las que hacia á Reales órdenes antiguas, con arreglo á esta Instruccion moderna, en la cual, con solo consultarla, hallarán los lectores la solucion de cuantas dudas puedan ocurrirles, tanto con respecto á la actual sustanciacion de causas de contrabando, cuanto á las penas que deben imponerse á los delincuentes, sus auxiliadores y encubridores, y asimismo con respecto al destino, distribucion y demas que deba hacerse con los géneros comisados.

En fin, he arreglado varias citas de la nueva

Recopilacion que hace el autor, á las de la Novísima, y he hecho cuanto he podido para que esta preciosa obra salga en esta edicion, si no perfecta y concluida, como deseo, y tal vez quedará en otra edicion, á lo menos sin tantos defectos y con muchas mejoras mas que en las anteriores. Si tal cual la ofrezco es útil, quedo sumamente satisfecho de mi trabajo; si no lo fuese tanto como deseo (pues algo siempre lo ha de ser), agradézcaseme al menos mi buena voluntad.

PRÓLOGO DEL AUTOR.

Si esta corta tarea literaria que ofrezco como útil, en mi concepto, á mis condiscípulos y compañeros, fuese obra en que hubiese de discurrir como Autor, manifestando juiciosos discursos, jamas tendria satisfaccion de darla á la luz pública, pues mis cortos años, literatura y práctica, lejos de impelerme al magisterio de Autor, apenas me dejan pisar la segunda grada de la escala entre los discípulos; y en este concepto, debiendo oir para aprender, fuera arrojo hablar para enseñar.

Mi intento solo ha sido recopilar en breve reducido método el modo de sustanciar los cuatro Juicios, ilustrándolos con las respectivas especies que pueden dar asunto á formarlos, estrayendo uno y otro de las Reales leyes de estos Reinos, las del Derecho de los volúmenes de nuestros sabios y de la práctica, poniendo en corto compendio una parte de la mucha erudicion legal que los doctos prácticos tienen vertida en tantas y tan distinguidas obras, que no pudiéndose tener á mano en los principios, puede suplir esta corta para todos los asuntos que comprende, con la utilidad y descanso en las citas de leyes y Autores que manifiesta, para que cuando ocurra tratar los asuntos mas interiormente, se puedan con facilidad buscar los originales de donde dimanan los cortos raudales de este escrito.

En él solo hablo con mis condiscípulos y compañeros, á quien podrá servir de gobierno para no incurrir en errores, que ya por principiantes, ya por las circunstancias ocurrentes en la práctica, ó bien por el cúmulo de dependencias, es cuasi imposible el no cometerlos; y asi como en el dia me contribuye algun descanso en el despacho de mis dependencias, teniendo en este corto resúmen á mano los diversos asuntos que en diferentes obras trataron nuestros Autores, con el alivio de hallarlos desem-

barazados de argumentos, dudas y antinomias; á esta misma proporcion discurro podrá servirles de mucha luz en lo que les ocurra.

Nunca fue mi ánimo, ni pudiera, hablar con los abogados que su cristiana conducta y literatura tiene acreditados, pues de su autoridad y estudio deseo oir para venerar y aprender; solo sí pondré en su consideracion, para que disimulen mis defectos, el que atiendan á los muchos laboriosos materiales que habrá sido indispensable amontonar para la ereccion de esta corta obra, y con especialidad en aquellas especies en que los sabios jurisconsultos se hallan divididos en contrarias fundadas opiniones. Pongo el caso: ya notan que el §. 72, cuarta parte, en que siento que á las señoras les compete *hipoteca* y *privilegio de antelacion* para el reintegro ó recobro de los bienes parafernales, solo comprehende unas cortas líneas, cosa al parecer de poco momento y mucha facilidad; pero tambien habrán notado, y saben muy bien, que los señores Vela, Molina, Gregorio Lopez, Acevedo, Barbosa, Gutierrez, Rodriguez, Acosta, Parladorio y el maestro Antonio Gomez, fueron de opinion contraria, afirmando que á las señoras solo competia hipoteca para el recobro de los bienes parafernales, pero *sin privilegio de antelacion*: con que por precision, para sentar lo contrario en el citado párrafo, fue indispensable registrar con madurez, no solo los doctos tratados de estos sabios, y los fundamentos de su opinion, sino tambien los de los autores de la opinion contraria, y formando juicio de ser ésta mas útil al bien público, y conforme á las modernas leyes del Reino, darla por sentencia, y esponerla como mas segura; cuyo laborioso estudio, aun cuando fuera inútil, me parece laudable, por lo que, desconfiado de mi dictámen, sujeto siempre á otro mejor, segun lo manifiesto en toda ocasion, espero, para decir, su vénia. VALE.

PARTE PRIMERA.

DEL JUICIO CIVIL ORDINARIO.

1 Lo primero que debe practicar el prudente Letrado (1) para el feliz éxito de las causas que patrocina, es registrar con cuidado los instrumentos de la parte, enterándose de su firmeza, obligacion y conformidad con las leyes de nuestros Reinos; y si la duda fuese de hecho, y la prueba hubiese de hacerse con testigos, deberá instruirse de todos cuántos hechos conducen al asunto, quedándose con el informe que se le hace, firmado de la parte, para que en el caso de no justificarse estos hechos no se le impute la menor culpa, pues el Abogado jamas puede adaptar las doctrinas del derecho cuando falta la justificacion del hecho.

2 Formado legal concepto de la justicia que asiste á la parte, debe atender con particular cuidado quién es el Juez competente del sugeto á quien demanda (2), para proponer en su tribunal la instancia. No es únicamente el objeto de este párrafo la proposicion general de que el actor debe seguir el fuero del reo, sino advertir el cuidado de este particular, pues embelesados alguna vez en la justicia que en lo principal asiste á la parte, instauramos la demanda en el juzgado ordinario, y teniendo el reo distinto competente Juez ante quien pidió el exorto para la inhibicion del Juez ordinario, causamos muchos perjuicios é indebidas costas, por ser

(1) Ley 14. tit. 16. lib. 2. Recop. (*ó 10. tit. 22. lib. 5. de la Novis.*) ley 52. §. In clivo capitolino, ff. Ad leg. Aquil.

(2) Ley 8. lib. 4. tit. 3. Recop. (*ley 9. tit. 4. lib. 11. de la Novism. Recop.*) ley 32. tit. 2. part. 3. Paz in Prax. Eccles. temp. 1. num. 65. usq. ad finem.

preciso reconvenirle, hablando generalmente, en su propio tribunal.

3 En inteligencia de quién es el Juez competente del reo (1), deben practicarse antes de la demanda ciertas diligencias preparatorias del juicio: una es la amonestacion del actor al reo para que le entregue tal propiedad, ó satisfaga tanta suma; y esta diligencia causa el efecto de deber pagar el reo las costas originadas hasta la notificacion de la demanda, en caso de allanarse á entregar la propiedad ó suma pedida.

4 Pero como la esperiencia nos enseña (2) que rara ó ninguna vez los demandados entregan lo que se les pide en justicia á la primera notificacion ó traslado, parece mas útil que en los ordinarios en los juicios ejecutivos la amonestacion; pues como las leyes recopiladas disponen que si el deudor dentro de las veinte y cuatro horas del dia natural (contando desde que por el Alguacil mayor ú otro Ministro ordinario judicialmente fue requerido para el pago, ó hecho la traba) depositase la suma por que se le ejecuta, queda libre de pagar costas ni otro derecho de ejecucion; y si el depósito de lo que se debe se hiciese dentro del término de setenta y dos horas, queda libre de pagar décima; parece que si al deudor se le amonestó para el pago, aunque lo ejecute dentro de dichos términos, siempre deberá pagar las costas. Sin embargo, como estas leyes hablan en términos de ejecucion (mucho mas eficaz que la amonestacion), y conceden al deudor el beneficio de redimirse de las costas y décima, pagando ó depositando en el término que se previenen, se infiere por mas segura consecuencia el que en los casos propuestos, no obstante la amonestacion, debe gozar el reo ejecutado el alivio de libertarse de décima y costas, pagando en el asignado término.

5 La segunda diligencia preparatoria del Juicio civil ordinario es la vénia del Juez (3) para demandar los hijos á los padres, pues pudiendo ser reconvenidos estos segun las leyes

(1) Paz in Prax. Eccles. temp. 2.

(2) Ley. 23. y 30. tit. 21. lib. 4. Rec. (*leyes 16. y 17. tit. 30. lib. 11. de la Novis.*) Acev. in glos. ad leg. 18. eod. tit. et lib.

(3) Leyes 2. y 14. tit. 2. part. 3. ley 24. tit. 13. part. 5.

del Reino por el peculio castrense, cuasi castrense, naturaleza, alimentos, aspereza en el trato, persuasion *ad turpia*, y dilapidacion de los bienes adventicios (que son los que heredó el hijo de su madre, ó línea materna), y últimamente en el caso de haberlos ya disipado &c., debe el Abogado del hijo pedir en la demanda esta vénia al Juez, para librar á su parte de la pena de perder su derecho, que prescribe la ley citada contra el hijo que sin esta vénia demanda padre, madre y demas ascendientes.

6 La tercera diligencia preparatoria, y una de las de mayor cuidado en el ingreso de los juicios, debe ser cuando los menores demandan (1) ó son demandados: y para su mejor inteligencia ó concordancia de las dos pugnantes disposiciones de derecho, que previenen; una, que á los menores solo para pleitos se les obligue á recibir curador; y otra, que á los menores no se les entregue la administracion de sus bienes hasta tanto que hayan cumplido los veinte y cinco años de su edad; y asimismo para concordar las dos opuestas Reales disposiciones de Partida; una, que manda á los Jueces provean de curador á los menores huérfanos que pasan de catorce años, siendo varon, y de doce, siendo muger, con cuyo consejo se han de gobernar hasta que cumplan los veinte y cinco años de su edad; y otra, que previene que á estos menores no se les apremie á que reciban tales curadores, á escepcion de que los menores demanden en juicio ó sean demandados, y tambien para concordar las dos Reales leyes recopiladas; una, que prohibe á los menores los contratos de mútuo bajo la nulidad; y otra, que concede la administracion de sus bienes y los de su muger, en teniendo diez y ocho años, permitiendo todos los contratos que sean anejos á esta administracion.

7 Para inteligencia, como se ha dicho, de todo, es de advertir que aquellos menores que esperimentan la pérdida de padre y madre (2), tutora y curadora, y llegan ya á catorce

(1) §. Item inviti adolescentes inst. de Curatorib. ley 1. §. ult. ff. de Minorib. ley 12. y 13. tit. 16. part. 6. ley 14. tit. 1. ley 22. vers. Otrosí: tit. 11. lib. 5. Recop.

(2) Dict. §. Item inviti, dict. leg. 13. tit. 16. part. 6. ibi: "no puedan ser apremiados", ley, Si cum Curatorem habens, vers. Si vero sine Curatore, Cod. De in integrum restitution. ley 3. vers. "Otrosí decimos", et vers.

años los varones, y á doce las mugeres, no siendo furiosos, pródigos, mudos ni mentecatos, tienen la especiosa legal eleccion de nombrar curador *ad bona*, con cuyo consejo y direccion se gobiernen hasta que cumplan los veinte y cinco años de su edad, ó administrar por sí estos menores sus bienes sin nombrar curador, pudiendo arrendarlos, percibir sus frutos y espenderlos; bien entendido, que en el segundo caso de administrar sus bienes sin curador, todos los contratos que celebren, si les perjudican, quedan sujetos al remedio de la restitucion *in integrum* (como no hayan obtenido vénia de edad); pues aunque válidos, siempre queda á los menores este beneficio, y el de la nulidad en los contratos por lo que tomaron en fiado ó en mútuo, dineros, plata, oro ó mercaderías, para pagarlas en los casos de casarse ó heredar, suceder en algun mayorazgo, ó para cuando tuviesen mas renta ó hacienda.

8 Asimismo, en el caso de elegir estos menores curador *ad bona*, no pueden entonces administrar por sí sus bienes (1) hasta que cumplan los veinte y cinco años, y todos cuantos contratos celebran sin la autoridad del curador, ya de ventas, mutuos, fianzas y mancomunidades, son nulos, ineficaces, de ningun valor ni efecto.

9 Igualmente los menores, en el caso de administrar por sí sus bienes, sin el tal curador no tienen persona legítima para comparecer en juicio, ya demandando ó escepcionando, por lo que necesitan nombrar curador *ad litem* (2); de modo, que si demandasen sin esta formalidad, debe el Juez de oficio repelerles y no prestarles audiencia: y al contrario, si fuesen demandados, debe, á instancia del actor, mandar el Juez que el menor, dentro de cierto tiempo, comparezca á nombrar curador *ad litem*, con quien se sustancie y determine el juicio; y si dentro del término asignado no comparece á nombrar cura-

"Mas si se sintiere engañado," tit. 11. part. 5. De Vela dissert. 2. num. 53. et seq. dict. ley 22. tit. 11. l. 5. Rec. (*ó la 17. tit. 1. l. 10. de la Nov. Rec.*) ley 1. Cod. De his qui veniam ætatis. D. Vela dissert. 6. num. 41. et seq.

(1) Dict. leg. 1. §. ult. ff. de Minorib. dict. ley 12. tit. 16. part. 6. in fine, ibi; y de alli en adelante.

(2) Dict. §. Item inviti instit. de Curatorib. ley 1. Cod. Qui petunt Tut. D. Vela dissert. 2. num. 48. et seq. ley 2. Cod. De his qui veniam ætatis. D. Vela dissert. 5. num. 34.

dor, ó comparecido rehusa el nombrarle, entonces el Juez nombra curador *ad litem* uno de los procuradores de la audiencia, á escepcion de que hayan obtenido del Príncipe vénia de edad en vista de la informacion de ser personas aptas, capaces y hábiles, de buena vida y costumbres, y que los varones tengan veinte años y diez y ocho las mugeres, pues entonces, concedida esta vénia, ya son personas legítimas para comparecer por sí en juicio.

10 Y asi, cuando un pupilo salió de esta edad (1), pasando á la de catorce años, sin nombrar curador *ad bona*, y su tutor quisiese librarse de satisfacer en adelante las usuras pupilares, y dar en juicio las cuentas de su tutela, entonces á este menor ó adulto se le puede obligar á que nombre curador *ad litem*, con quien se sustáncie y determine el juicio de cuentas del tiempo que duró la tutela, pidiendo asi el tutor, y haciendo consignacion de las cantidades pupilares.

11 Igualmente los menores no pueden vender ni enagenar sus bienes inmuebles sin autoridad y decreto del Juez (2), y por esto la práctica tiene recibido el que para proceder á la venta de los bienes inmuebles de los menores, el cuarador *ad litem* pida y dé informacion de utilidad, y que en su vista el Juez conceda licencia para la venta, interponiendo su autoridad y judicial decreto, con cuya solemnidad la venta es válida, y de otro modo nula.

12 Asimismo los menores gozan del particular privilegio de que sus causas (3), ya como actores, ya como reos, las puedan seguir en los tribunales superiores por caso de Corte (4), y

(1) Ley 7. §. Pecuniæ 13. ley. Ita autem, §. Si Tutor. ley 33. §. 1. ff. de Administ. Tutor. ley 4. Cod. De usuris pupilaribus. D. Vela dissert. 2. num. 36.

(2) Ley. 4. y 6. Cod. De prædiis, et aliis rebus Minorum.

(3) Ley 5. vers. O por pleito que demandase huérfano, tit. 15. ley 41. tit. 18. ley 20. tit. 23. part. 3. ley 8. tit. 3. lib 4. Recop. (ó 9. *tit.* 4. *lib.* 11. *de la Novis.*) D. Vela dissert. 5. num. 65. usq. ad finem.

(4) Llámase CASO DE CORTE la causa civil ó criminal que por su gravedad, ó porque llega á cierta cantidad, ó por la calidad de las personas que litigan, se puede radicar desde la primera instancia en el Consejo, Sala de Alcaldes de Corte, Chancillerías y Audiencias, quitando su conocimiento á las Justicias ordinarias, aunque para ello se saque á los litigantes de su fuero ó domicilio.

sin necesidad de que se sustancien y determinen ante el Juez de la primera instancia, por la razon de que su mísera condicion, imbecilidad de edad, y fragilidad de su temprano juicio, espuesto á error, equivocacion y engaño, les constituye personas miserables, lo mismo que los pupilos y viudas, á quienes las Reales disposiciones tienen concedido este especial privilegio.

13 Estas fueron las leyes y disposiciones por las que, como seguro legal rumbo, se gobernaron los tribunales y Jueces para la determinacion de su asenso en las disputas que ocurrieron en asunto de la menor edad (1), hasta que en el dia once de Febrero del año de mil seiscientos veinte y tres el señor don Felipe IV, el Magnánimo, publicó su Real pragmática que comprende la ley recopilada, por la que, entre otras cosas, se sirvió mandar que cualquiera menor que se casáre pueda administrar en entrando en los diez y ocho años de su edad su hacienda y la de su muger, si fuere menor, sin tener necesidad de vénia (2).

14 Promulgada esta Real pragmática se suscitaron diferentes dudas: la primera, si la administracion que concede á estos menores casados es absoluta sin beneficio de la restitucion *in integrum*, de modo que por ella se entiendan revocadas la disposicion de derecho y ley de partida citadas al párrafo séptimo. La segunda, si por la dicha pragmática podian estos menores casados comparecer en juicio, demandando ó escepcionando sin necesidad de nombrar curador *ad litem*, de modo que se entendiesen revocadas las disposiciones jurídicas citadas al párrafo nueve. La tercera, si por la misma pragmática podian los menores casados enagenar sus bienes inmuebles sin autoridad y decreto del Juez, de forma que se entendiesen revocadas las leyes citadas al párrafo once. Cuarta, si por la misma Real pragmática estos menores perdian el goce de caso de Corte en las causas, de modo que por ella se entendiesen revocadas las leyes anteriores del Reino y partida citadas al párrafo doce.

15 A cuyas dudas se resuelve: que esta Real pragmática no revoca disposicion alguna de las notadas, porque todas

(1) D. Vela dissert. 1. ley 14. tit. 1. lib. 5. Recop.
(2) Ley 7. tit. 2. lib. 10. de la Nov. Recop.

quedan en su fuerza y vigor (1) para arreglar por ellas el concepto en todas las dudas que ocurran en el asunto; y asi los menores que por tocar la edad de diez y ocho años y haber contraido matrimonio, administran sus bienes y los de su muger, gozan del privilegio de la restitucion *in integrum* si se hallasen perjudicados en los contratos que celebran anejos á su administracion: la razon es, porque esta pragmática se dirige á conceder mas alivio y beneficio á los menores; y si por ella se entendieran privados del particular de la restitucion *in integrum*, lejos de favorecerles, podia decirse se habia publicado en su daño.

16 Asimismo, no obstante la Real pragmática, deben estos menores casados nombrar curador *ad litem* para sus demandas (2), de modo, que sin su intervencion serán nulas é ineficaces sus resultas, por la propia razon de que siendo favorable á los menores la disposicion de derecho que les impone la necesidad de nombrar curador *ad litem* en sus causas, y no menos favorable la Real pragmática, jamas puede conceptuarse en su daño, ni menos entenderse revocada aquella favorable disposicion de derecho por esta del Reino, dada y publicada tambien á su favor.

17 En la misma forma, y sin embargo de la nueva Real pragmática, no pueden los menores casados enagenar sus bienes inmuebles sin la autoridad (3) y judicial decreto del Juez, por la propia razon de que siendo la ley del derecho que lo prohibe sin aquellas solemnidades esplicadas al párrafo once, favorable á los menores, para que por su corta edad no padezcan engaño en la venta de sus bienes, jamas puede conceptuarse revocada esta tan precavida legal disposicion por la Real pragmática, que concede á los menores casados el privilegio y favor de administrar sus bienes; y tambien porque no pudiendo los menores que consiguieron del Príncipe vénia de la edad enagenar sus bienes inmuebles sin autoridad y judicial decreto, mucho menos podrán ejecutarlo los menores

(1) D. Vela dissert. 5. num. 4.
(2) D. Vela, ibidem núm. 20.
(3) D. Vela, ibidem num. 31. et seq. D. Vela, dissert. 6. num. 41. usque ad 44.

casados, á quienes les concede la pragmática el que administren sus bienes: y por esto debemos conceptuar por error perjudicial al público la práctica infundada que se nota en estos menores recien casados, que por sí, sin la autoridad del curador *ad litem*, informacion de utilidad, ni judicial decreto, venden sus bienes y los de su muger; advirtiendo que estas ventas no son válidas, ni los compradores quedan seguros por ellas.

18 Igualmente estos menores casados gozan, aun despues de dicha Real pragmática, el privilegio de caso de Corte en todas sus causas, ya siendo actores, ya reos (1), porque fundándose este favor en la mísera condicion, imbecilidad de edad y fragilidad de juicio, no pueden jamas entenderse revocadas por la Real pragmática las disposiciones de partida y ley del Reino, que con respecto á estas circunstancias concedieron á los menores el goce de caso de Corte.

19 Asimismo, no obstante dicha Real pragmática, no pueden estos menores casados recibir en fiado ó en mútuo dineros, plata, oro ó mercaderías para pagarlos en los casos de heredar (2), suceder en algun mayorazgo, ó para cuando tuviesen mas renta ó hacienda; pues la ley recopilada que lo prohibe, confirmando la de partida y senado-consulto macedonio, equipara en el presente caso los hijos de familia constituidos en patria potestad, á los menores que tienen tutor ó curador y á los menores que no le tienen, y á todos prohibe estos contratos. A los primeros y segundos, cuando los celebran sin licencia del padre ó curador, y á los terceros absolutamente; militando en esta providencia el favor para que estas personas por su menor edad no padezcan en los contratos á crédito y mútuos engaño ni perjuicio: y como la Real pragmática les concede la administracion de sus bienes tambien por favor, se infiere el que asi como en las antecedentes especies, por la propia razon subsistian irrevocables las disposiciones de derecho favorables á los menores, en la misma forma en la presente especie deberá subsistir irrevocable la providencia de

(1) D. Vela, ibidem num. 65.
(2) Ley 1. ff Ad Senatus Consultum Macedonianum, ley 4. tit. 1. part. 5. ley 22. tit. 11. lib. 5. Recop. (*ó 17. tit. 1. lib. 10. de la Novis.*)

la ley del Reino que prohibe á los menores estos contratos, sin embargo de la posterior Real pragmática de la administracion; con la advertencia de que como esta ilacion la infiero por estension de los antecedentes casos autorizados con las citas de los sábios (que no mencionan el presente), por lo que tiene de propia la propongo como cierta en mi dictámen, sujeto siempre á otro mejor.

20 En esta inteligencia, pregunto; ¿si todas las citadas disposiciones de derecho (1), partida y recopilacion quedan en su fuerza y vigor, sin revocarse por la nueva Real pragmática, y al mismo tiempo los menores pueden administrar por sí sus bienes sin necesidad de nombrar curador, segun las doctrinas del párrafo séptimo, qué dispuso de nuevo la Real pragmática? ¿Y cuál fue en el asunto el motivo para su publicacion? ¿Ni qué precision habia para mandarse por nueva ley que los menores casados, en entrando en los diez y ocho años de su edad, pudiesen administrar sus bienes y los de su muger, cuando por derecho podian los menores antes de casarse administrar sus bienes?

21 A esta pregunta respondemos el que es cierto y seguro, segun la doctrina del párrafo séptimo, que los menores tienen la especiosa legal eleccion de administrar por sí sus bienes, ó nombrar curador *ad bona*, con cuya direccion y consejo se gobiernen; pero tambien es seguro y cierto, segun la doctrina del párrafo octavo, el que una vez nombrado curador *ad bona* por el menor, ya no podia salir de su gobierno y curaduría hasta cumplir los veinte y cinco años, sin embargo de que contragese matrimonio, porque aunque al principio fue electivo y voluntario el nombrar curador ó vivir sin él, una vez elegido, ya se hizo necesario, y por lo mismo en términos de esta disposicion, los sábios superiores tribunales asi lo determinaron en las disputas y pleitos que ocurrieron en los años mil seiscientos veinte, antes de la Real pragmática, y en las que los menores que habian elegido curador, y pretendian por haberse casado salir de su potestad y curaduría antes de cum-

(1) Ley 1. §. ultimo, ff. de Minorib. D. Vela, dissert. 1. et 2. num. 53. et seq.

plir los veinte y cinco años, no obtuvieron sentencia favorable, ni se tuvo por justa su demanda.

22 En estos términos, considerando el sabio legislador el perjuicio, gravámen y molestia de que estos menores casados tuviesen la necesidad de recibir de su curador el diario alimento (1), y demas que necesitasen para la manutencion y socorro de su muger y familia; y lo que era mas, el desembolso de un diez por ciento que se le satisface al curador de los frutos de los bienes del menor, con profundo maduro acuerdo dispuso y promulgó su Real pragmática, por la que concedió á los menores que vivian con curador *ad bona*, el privilegio de que contrayendo matrimonio, y entrando en los diez y ocho años de su edad, puedan administrar sus bienes y los de su muger menor, apartando de sí al curador, con cuya Real pragmática quedó revocada la disposicion de derecho, por la que se prohibia á los menores, regidos por consejo de curador, entregarles la administracion de sus bienes, aun cuando fuesen capaces y aptos para ello, antes de cumplir los veinte y cinco años; y aunque la Real pragmática no espresa literalmente que habla de los menores que habian nombrado curador, debemos asi entenderla, tanto por la probabilidad estrínseca de los sábios, que le dan este concepto, como porque si se entendiera en otros términos, ó bien no fuera favorable á los menores (lo que no es de discurrir jamas, pues el fin á que se dirige es favorecerles), ó bien fuera ociosa y supérflua, lo que jamas puede pensarse.

23 Y asi, revocada (solo por esta Real pragmática) la citada disposicion de derecho, quedan en su fuerza y vigor todas las demas; y por consiguiente, sin embargo de la Real pragmática (2), los menores casados, aun cuando por tocar la edad de diez y ocho años administren sus bienes, no son personas legítimas (á escepcion de que hayan obtenido vénia de edad) para comparecer en juicio en calidad de actores ó reos, y deben nombrar curador *ad litem*, preparando asi con esta diligencia la legitimidad del juicio, que fue nuestro principal intento.

(1) D. Vela, dissert. 5. n. 1. et seqq. et dissert. 6. n. 43.

(2) Dict. ley 1. §. ultimo, ff. de Minorib. revocata pers. ley 14. tit. 1. lib. 5. Recop. (ó 7. *tit.* 1. *lib.* 5. *de la Novis.*)

24 Si la demanda se propusiese por algun hijo de familia constituido en la patria potestad sobre cualesquiera bienes adventicios, ó en asunto (1) que pueda pedir, debe instaurarse en nombre del padre, bajo la cualidad de administrador legítimo de su hijo; bien que si estuviese aquel ausente, podrá éste proponerla por sí siendo mayor de veinte y cinco años; y si menor, se proveerá de curador, quien intentará la demanda.

25 Si esta se propusiese por fátuo, furioso ó mentecato, debe prepararse con testimonio del auto (2) del discernimiento de su curaduría y aceptacion, pidiendo el curador con quien se sustanciará la causa; y en el caso de no tener semejantes personas curador *ad litem*, se deberá pedir al Juez por los parientes mas cercanos que les nombre curador para pedir lo que les convenga en justicia.

26 Asimismo, si fuese muger casada la que demanda, fuera de aquellos particulares casos en que por sí pueden pedir (3), v. gr. en defensa de su honra, por el dote y contra su marido, para la seguridad de aquel en caso de venir éste á pobreza, se deberá pedir en nombre del marido como conjunta persona, ú obtener licencia de él para proponer la instancia, y si estuviese ausente conseguirla del Juez.

27 Si la demanda se propusiese por procurador, se deberá presentar testimonio ó copia testimoniada del poder, quedando el original archivado en el protocolo (4), registrándose el testimonio ó copia con escrupuloso cuidado, advirtiendo si es bastante para la instancia que se pretende, y si se halla tirado en el papel que previene la ley, y siendo asi, lo firmará y autorizará el Letrado, quedando responsable á los perjuicios si por falta de poder se declarase nulo el proceso, ó perdiese el artículo de no contestar, formado de contrario por defecto de este documento.

28 Como la ley Real citada prevenga (5) que los poderes

(1) Ley 7. tit. 2. part. 3.
(2) Ley 13. tit. 16. part. 6.
(3) Ley. 2. y 6. tit. 3. lib. 5. Recop. (11. *y* 15. *tit.* 1. *lib.* 10. *Novis. Recop.*)
(4) Ley 3. tit. 2. lib. 4. Recop. y ley 45. tit. 25. ibidem. (3. *tit.* 3. *lib.* 11. *y* 2. *tit.* 24. *lib.* 10. *Novis. Recop.*)
(5) Ley 15. tit. 6. part. 6. Auto Acordado 30. 2. part.

para pleitos se tiren en papel del sello tercero, ademas de esta circunstancia se debe reflexîonar: si el asunto fuese compromiso, transaccion, separacion del juicio, convenio en que se perdone cualquiera suma al contrario, juramento *in litem*, peticion de restitucion *in integrum*, aceptacion de herencia, pedir en la Cámara provision eclesiástica, remover el administrador del general concurso de bienes y demas que requieren especial poder para formar concepto de si es ó no bastante el dado al procurador por la parte para el asunto que intenta.

29 Otras precisas diligencias preparatorias del juicio (1), respectivas á la legitimidad de la persona del reo, deben atenderse con no menor cuidado; y asi si la demanda se pusiese contra una persona en concepto de heredero de algun tercero, debe presentarse testimonio de la cláusula de heredero con pie y cabeza del testamento y de la aceptacion de la herencia; al modo que, si la demanda se propusiese contra menor, se pedirá el que elija ó se le nombre curador segun queda notado al párrafo nueve: y si la demanda fuese contra ciudad, cabildo, colegio ú otra cualquiera universidad, no teniendo estos cuerpos procurador, se debe preparar el juicio pidiendo que le nombren, y con este se entienden autos y notificaciones, sentándose testimonio del poder ó nombramiento: lo mismo que si la demanda fuese contra un reo ausente, cuya venida no se espere de próximo, se debe preparar el juicio dando informacion de la ausencia, bienes y débito del deudor, pidiendo en su vista se le nombre defensor, contra quien se propondrá la demanda.

30 Si se pidiese contra un hijo ya mayor de edad, pero que estuviese constituido en patria potestad, debe proponerse la demanda contra el padre (2), bajo el concepto de administrador legítimo; y en caso de que el hijo sea menor y fuese reconvenido por accion personal en que no tenga interes el padre, ademas de citarse á éste, debe nombrarse curador *ad litem*; y si el padre tuviese interes en la cosa demandada; v. gr. en bienes adventicios de que le pertenece el usufructo, entonces

(1) Ley. 7. y 12. tit. 2. part. 3. ley 13. ibidem.
(2) Ley 7. tit. 2. part. 3. ley 13. tit. 16. part. 6. Aceved. en la ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. num. 6.

basta sola la autoridad del padre, quien si se hallase ausente, siendo menor el hijo ó nieto, debe proveersele de curador, contra quien se propondrá la demanda; al modo que si esta fuese contra fátuo, furioso ó mentecato, se debe pedir se le nombre curador, contra quien, discernido y aceptado el cargo, se concibe la demanda.

31 Como por espresa ley del Reino está prevenido (1) que las mugeres, renunciando los bienes gananciales adquiridos en su matrimonio, no sean responsables á las deudas contraidas en el tiempo de su duracion, siempre y cuando que se proponga demanda para el pago de estos créditos, se debe preparar la instancia pidiendo judicialmente que la señora acepte ó repudie estas ganancias, y en el caso de su aceptacion proponer la demanda.

32 Debe igualmente advertirse como diligencia prévia de la rectitud en el ingreso del juicio (2), si el Escribano numerario ante quien han de pasar los autos tiene algun parentesco con el demandante, porque segun literal disposicion recopilada, no se puede demandar ante Escribano hermano ó primo hermano del que pide; mereciendo igual atencion el, que el Abogado y Procurador de cualquiera instancia no puede ser el padre, hijo, yerno, hermano ni cuñado del Escribano ante quien se siga.

33 Y con igual cuidado debe reflexionarse si las personas demandantes tienen por sí (3) ó por la naturaleza de sus demandas la cualidad de goce de caso de Corte, con facultad de poner su causa en las Audiencias superiores que corresponden al territorio de sus domicilios, cuyos casos son muerte segura, muger forzada, tregua y camino quebrantado, casa quemada, traicion, aleve rapto, causas de viudas, huérfanas y personas miserables, ó contra Corregidor, Alcalde mayor ú ordinario, ú otro oficial de Justicia.

34 Advertidas las reflexiones espuestas segun el respectivo particular que ocurra, como doctrinas que demuestran

(1) Ley 9. tit. 9. lib. 5. Recop. (9. *tit.* 4. *lib.* 10. *Novis. Recop.*)
(2) Ley 7. tit. 25. lib. 4. Recop. (*ó* 6. *tit.* 3. *lib.* 11. *de la Novis.*) Autos Acordados 6. y 30.
(3) Ley 8. tit. 3. lib. 4. Recop. (*ó* 9. *tit.* 4. *lib.* 11. *de la Novis.*)

las citadas disposiciones (1), y autoriza nuestro práctico Paz en los oportunos tiempos de su recto juicio, se propondrá la demanda en estilo claro, corriente, refiriendo el hecho que acaece, con espresion de la cosa que se pide, declarando linderos, sitio, propiedad, ó posesion, si fuese raiz; y si muebles, los nombres, sexo, señales y edad, si fuese semoviente; el metal, peso ó medida, si fuesen efectos sujetos á peso y medida; de modo que clara y distintamente se entienda la especie individual pedida, á escepcion de que fuese herencia, cuenta de tutela ó curaduría, sociedad ó mayordomía, villa, castillo, arca, baúl, maleta que se hubiese dado cerrada, ó efectos de peso y medida que al tiempo de la demanda se ignore el cuánto, jurándolo asi, y protestando especificarlo en el progreso del juicio, en cuyos casos basta que la demanda se proponga generalmente.

35 En este concepto se intenta aquella accion *real* que corresponde para recuperacion ó entrega de lo que se demanda (2) por razon del dominio, haciendo relacion de él; y caso de pedirse alguna suma, debe con claridad espresarse la cantidad que se adeudó, y el contrato mediante el que resultó la obligacion al pago; con esta diferencia en la súplica, que en las acciones reales se concluye con esta literal cláusula: *A V. suplico se sirva declarar que tal cosa toca y corresponde á mi parte, mandando á la contraria que la restituya con sus frutos* (segun fuese la accion intentada, es á saber, de buena fe, ó de riguroso derecho), *pues asi es de justicia, que pido con costas, juro &c.*

36 Si la accion intentada en la demanda fuese *personal*, mediante obligacion (3) que hubiese al pago de algunas cantidades, corresponde por conclusion el siguiente método: *A V. suplico se sirva declarar que la contraria está debiendo á mi parte tanta suma, y en su consecuencia mandar se le compela y apremie por prision, embargo de bienes y demas rigor de derecho á su satisfaccion y pago, pues asi es de justicia &c.*

37 Esta demanda y demas pedimentos que se ofrecen en

(1) Ley 4. tit. 2. lib. 4. Recop. (*ó 4. tit. 3. lib. 11. de la Novis.*)
(2) Eadem leg. Paz in Praxi, temp. 4. n. 22. usque ad 26.
(3) Idem.

el progreso del juicio y sustanciacion de la causa (1), deben firmarse con nombre y apellido del Letrado que las autoriza, no bastando el rubricarlos, á escepcion de aquellas cortas peticiones, como acusar rebeldías, pedir término y otras semejantes, que pueden presentarlas los Procuradores con solas sus firmas.

38 Presentada en juicio la demanda (2), por su auto manda el Juez dar traslado de ella (esto es, hacerla saber) á aquella parte contra quien se pide y dirige: y notificada por el Escribano, tiene fuerza de citacion, sin la cual seria nula é insubsistente toda instancia civil ordinaria.

39 Parando ya por la notificacion perjuicio la demanda al reo, reconvenido otorga su poder á Procurador (3) conocido de la audiencia, quien bajo su recibo (haciéndose parte legítima para los apremios á la vuelta de autos) toma el espediente, y puesto para su defensa en manos del Abogado que se elija, deberá éste con todo cuidado enterarse de la demanda y accion intentada en ella, informándose del Procurador y parte de cuantos hechos y noticias conduzcan á su defensa por el medio mas breve y menos costoso; á cuyo fin debe reflexionarse si será legal y justo formar alguno de aquellos artículos que, por sí solos, y sin contestacion, fenecen la instancia, como haber ya cosa juzgada, esto es, sentencia dada en aquel idéntico caso que propone la demanda &c., pues en estas circunstancias seremos gravemente responsables á la parte de los gastos que se la originen, si en lugar de formar el debido artículo de no contestar por obstar aquella escepcion, contestásemos la demanda esponiendo á la parte al conocido perjuicio de las costas y molestias muy regulares en la sustanciacion dilatada de un juicio, y al dudoso éxito en lo principal.

40 Y aunque es cierto (4) que algunas escepciones, v. g. las *perentorias*, pueden oponerse por el reo despues de contestada la demanda, sin embargo, nuestra precisa obligacion es

(1) Ley 25. tit. 16. lib. 2. Recop. ley 8. tit. 24. idem (*ó* 4. *tit.* 22. *lib.* 5. *y la* 9. *tit.* 31. *lib.* 5. *de la Novis.*)
(2) Ley 40. tit. 2. part. 3. ley 3 tit. 3. lib. 4. Recop. (*ó* 14. *tit.* 4. *lib.* 11. *de la Novis.*) Paz in Prax. temp. 3. num 39. et temp. 4 num. 60.
(3) Ley 1. tit. 5. lib. 4. Recop. (1. *tit.* 7. *lib.* 11. *de la Novis.*)
(4) Paz in Prax. temp. 7. n. 4. argum. ex leg. 4. tit. 16. lib. 2. Recop.

proponerlas antes evitando las costas de la contestacion, sirviéndonos aquella noticia para que en el caso de olvido ó negligencia se advierta el que, aun despues de contestada la demanda, tiene lugar el remedio de proponerse aquella escepcion que se olvidó deducirla antes de responder á la demanda.

41 Y para mas bien cumplir con obligacion tan grave, debemos tener presente que las escepciones que dan asunto para formar estos artículos (1), unas son *dilatorias* que impiden el ingreso del juicio, y otras *perentorias* que lo fenecen: las dilatorias pueden serlo unas respecto del Juez, como la declinatoria de fuero, incompetencia ó recusacion: otras respecto de la parte que litiga sobre la legitimidad de su persona; v. gr. si el que pide fuese un escomulgado, pupilo, menor, hijo de familias ó muger casada, y no hubiese preparado la demanda con aquellas diligencias judiciales que dejamos notadas; y finalmente otras respecto de la causa, como cuando se propone la demanda sin los requisitos ya esplicados, ó cuando se pide antes de tiempo, y últimamente por *litis pendentia &c.*

42 Las escepciones perentorias son las que justificadas fenecen la instancia; v. g. la escepcion del juramento decisorio *in litem* (2), en caso de haber pacto ó convenio entre las partes de estarse al juramento, ó que se haya decretado por el Juez interponerse á instancia del actor que pidió el que el reo jure ó defiera á su juramento; en cuyos términos quedó decidida la controversia: el pacto, transaccion ó convenio sobre la cosa demandada, pues entonces no puede instaurarse respecto de ella nueva demanda: la cosa juzgada, como si sobre la idéntica propiedad que se pide hubiese ya sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada: y la prescripcion legal; en cuyas escepciones hay la diferencia de que las dilatorias tienen nueve dias de término para proponerse, y veinte las perentorias, contando uno y otro desde el dia que se notificó la demanda.

43 El método con que se forma el artículo de *no con-*

(1) Paz in Prax. temp. 5. num. 10.

(2) Ley 1. tit. 5. lib. 4. Recop. (1. *tit.* 7. *lib.* 11. *Novis.*) leg. Post rem, ff. de Re judicata D. Vela, dissert. 22. num. 21. ley. 8. 9. 10. y 11. tit. 3. part. 3.

testar, es el siguiente: *V. en méritos de justicia, se ha de servir declarar no deber mi parte contestar esta demanda, sobre lo cual formo artículo de prévio y anterior pronunciamiento, y bajo la nulidad en el progreso* ad ulteriora; *pues como lo pido, procede, y es de hacer por lo que de autos resulta favorable, general y siguiente, y porque....* (aquí se espondrán las razones que sirven de fundamento al artículo, segun su clase, y concluye la súplica): *A V. suplico se sirva proveer y determinar á favor de mi parte segun y como tengo pedido; pues asi es justicia que pido con costas, juro no proceder de malicia &c.* De este escrito se da traslado al actor, y en vista de lo que responde se concluye por ambas partes con la espresion de ser para la decision del artículo.

44 No menos cuidado debe tenerse en contestar la demanda (si de ello fuese digna), (1) que de formar los artículos que quedan esplicados; porque siendo impertinentes ó maliciosos, debe huirse de formarlos para no causar á una y otra parte las costas de sustanciacion; y á este fin debemos con prolijo cuidado distinguir los méritos de la causa en lo principal que miran á la defensa inmediata contra la accion propuesta en la demanda, de los que dan motivo á las escepciones ó artículos; porque los méritos de la defensa en lo principal, por muy poderosos que sean, jamas pueden prestar fundamento para el artículo de *no contestar*, y sí todas aquellas escepciones dilatorias y perentorias que impiden el ingreso del juicio ó le fenecen. Mas claro: si contra Pedro, v. g., se pusiese demanda de reivindicacion de un predio por persona legítima ante Juez competente, sin que haya antecedido juramento decisorio, transaccion, cosa juzgada, ni verificado alguna de las escepciones perentorias ó dilatorias, es cierto que aunque Pedro tenga toda la justicia para el dominio de este predio, fundado en instrumentos auténticos y pruebas sólidas, dignas de la mas justa victoria, será inadaptable, ocioso é impertinente el artículo de no contestar, aun fundándolo en aquellos instrumentos y pruebas; pues aunque concluyentes para la defensa en lo principal, son inútiles y ociosas para el artículo de no contestar.

(1) Paz in locis citatis.

45 Formado ya concepto de ser digna de contestacion la demanda (1), debe contestarse dentro de nueve dias, proponiendo el pedimento en el siguiente ó semejante método. *Digo, que por auto proveido en tantos, se comunicó traslado á mi parte de tal demanda, puesta por N., en que concluye pidiendo tal y tal cosa, segun lo acredita de su contesto, á que en lo necesario me refiero; y sin embargo de cuanto infundadamente pide, V. en méritos de justicia, se ha de servir absolver y declarar por libre á mi parte de esta demanda, condenando á la contraria á perpetuo silencio y en costas; pues como lo pido, procede y es de hacer por lo que de autos resulta favorable y razones siguientes &c.* Aqui se esponen todas las escepciones que corresponden á la defensa en lo principal contra la accion intentada, poniéndose por el reo (si fuese legal) *reconvencion ó mútua peticion* contra el actor demandante, para lo cual tiene de término veinte dias, inclusive los nueve de la contestacion; y la súplica se concibe en los mismos términos que quedan notados en la súplica del artículo.

46 Del pedimento esplicado ó contestacion manda el Juez comunicar traslado al actor, quien debe evacuarle en el término de seis dias, ó nueve (2), si con la contestacion se hiciese reconvencion ó mútua peticion, formando el alegato de réplica del tenor siguiente. *Digo, que por auto proveido en tantos, se le comunicó á mi parte traslado del pedimento presentado últimamente por la contraria, en que contestando la demanda, concluye pidiendo se la absuelva y declare por libre de ella, segun resulta de su contexto, á que en lo necesario para impugnarle me refiero; y V. en méritos de justicia, y sin embargo de cuanto infundadamente se alega, se ha de servir proveer y determinar á favor de mi parte, segun y como tengo pedido y se contiene en mi demanda de tal dia, condenando á la contraria en costas, pues como lo pido, procede y es de hacer &c.*: y prosigue con la misma cláusula de estilo en todos los alegatos, hasta el *y porque*: y continúa manifestándose los fundamentos é instrumentos que autorizan y dan fuerza á la demanda.

(1) Ley 1. tit. 4. lib. 4. Recop. ley 1. tit. 5. ibidem. (que son la 1. *tit.* 6. *lib.* 11. *y la* 1. *tit.* 7. *lib.* 11. *de la Novis. Recop.*)
(2) Ley 2. tit. 5. lib. 4. Recop. (*ó* 3. *tit.* 7. *lib.* 11. *de la Novis.*)

47 Del alegato de réplica manda el Juez comunicar traslado al reo, quien en el término de seis dias debe responder con su alegato de duplica (1), formándole en el siguiente ó semejante método. *Digo, que por auto de tantos se comunicó á mi parte traslado del último alegato contrario, en que concluye pidiendo se defiera á su demanda segun resulta de su tenor, á que en lo necesario me refiero, y para impugnarle, V. en méritos de justicia, y sin embargo de cuanto infundadamente se alega, se ha de servir proveer y determinar á favor de mi parte, segun y como tengo pedido en mi escrito de contestacion del dia tantos; pues como lo pido, con condenacion de costas á la contraria, procede y es de hacer por lo que resulta de autos y reflexiones siguientes:* aqui se manifiestan los fundamentos ó instrumentos que corroboran la defensa, redarguyendo de falsos (si conviniese) los presentados por el actor, siempre y cuando se hubiesen sacado sin citacion del reo, y esta redargüicion se propone en esta forma. *Y porque el instrumento presentado de contrario no perjudica á mi parte, pues le redarguyo de falso civilmente y con la protesta ordinaria;* cuya cláusula produce el notable efecto de no merecer fe en juicio el redargüido instrumento; por lo que en este ó semejante caso debe la parte que le produce pedir en el término de prueba se compruebe, con citacion contraria, con el original del protocolo, sentando testimonio el Escribano de la causa de su concuerda, conformidad, diferencia ó variacion que se encuentre.

48 Y siendo la prueba instrumental no redargüida de falsedad, ó el litis de derecho, sin deduccion de hecho alguno distinto de los instrumentos, se debe determinar difinitivamente; y al contrario, si el pleito fuese de hecho, como su controversia y justificacion son precisos prerequisitos para pronunciar sentencia, deben alegarse de parte del actor y reo en sus respectivos escritos (de aquel en demanda ó réplica, y de éste en contestacion ó duplica) aquellos particulares ó hechos que tienen intencion de probar.

49 Con estos dos escritos de poder á poder, manda la ley

(1) Ley 9. tit. 6. lib. 4. Recop. ley 3. tit. 5. ibid. (*ó 1. tit. 15. lib. 11. y 2. tit. 7. lib. 11. de la Novis.*) ley 115. tit. 18. part. 3. D. Vela dissert. 25. num. 53.

Real que la causa se tenga por conclusa (1): no obstante la práctica nos demuestra, que del alegato de duplica se comunica traslado, bien que no se debe usar de él para alegar, y sí solo concluir, cuyo acto en los tribunales superiores se escribe al márgen de la última foja del escrito de duplica en esta forma. *Doime por notificado del auto de traslado, y negando y contradiciendo lo perjudicial, y afirmándome en lo dicho y alegado, concluyo sin embargo para los efectos que haya lugar* (2): y en las audiencias inferiores se concluye con pedimento poniendo las mismas cláusulas; y aquella de *sin embargo* se espresa para poder (no obstante la conclusion) presentarse por cualquiera de las partes aquellos instrumentos de que hayan posteriormente tenido noticia, afirmándolo asi bajo de juramento.

50 Conclusa la causa, debe el Juez dentro de seis dias proveer auto (3), recibiéndola á prueba con el término que tuviese por conveniente; bien que como el de los ochenta dias es legal, siempre y cuando se pida se debe conceder, aunque hayan pasado aquellos primeros términos concedidos, como se verifique estar dentro de los ochenta de la ley; y en éste pueden los testigos ser juramentados, aunque sus dichos y deposiciones se tiren y estiendan pasado ya el término, lo que se entiende en los términos concedidos llanamente para probar; pero si fuese el término con todos cargos que llama el derecho para probar y haber probado, deben juramentarse los testigos, y recibirse sus declaraciones dentro del término probatorio, pues pasado no há lugar, asi como en el término que

(1) Ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop. (*ó* 1. *y* 3. *tit.* 10. *lib.* 11. *de la Novis.*)

(2) En Madrid las conclusiones se estienden por separado en medio pliego de papel del sello 4. mayor, sellado ademas con el del Colegio de Abogados (que vale 24 rs. vn.), y está designado de ex-profeso para esto, no admitiéndose en otra forma, á menos que no sea pleito ó causa de pobre, declarado y mandado defender por tal; pues en este caso se estiende la conclusion á continuacion del auto último de traslado y notificacion de él, ó en papel del sello de pobres; y en la fórmula de la conclusion en general se omiten las palabras de *doime por notificado del auto de traslado* que pone el autor, principiando con las de *Negando &c.* ó con estas *Concluyo á nombre de Fulano de tal, en el pleito tal, negando y contradiciendo lo espuesto de contrario, y afirmándome en lo espuesto, que reproduzco. Madrid &c.*

(3) Ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop. (1 *y* 3. *tit.* 10 *lib.* 11. *de la Novis.*) Aceved. ibid. ley 3. tit. 8. ley 3. tit. 21. ibid. (3. *tit.* 13. *y* 2. *tit.* 28. *lib.* 11. *de la Novis.*)

concede la ley en el caso de abrirse el juicio mediante la restitucion *in integrum*, concediendo para la prueba la mitad del término dado primeramente, y en el caso de los diez dias del encargado, que en las ejecuciones tienen los reos para probar sus escepciones.

51 Teniendo presente que segun la práctica de nuestras juntas ó academias de pasantía el caballero Abogado que hace de Escribano en la causa, entrega estendidas las probanzas segun y como se practican en los pleitos de verdadera sustanciacion (1), sin darse noticia del modo con que se practican por el Juez las diligencias de recibir el juramento á los testigos, no parece impertinente al asunto manifestar que este acto se ejecuta ante el Escribano, haciendo el Juez y testigo cada uno la señal de la cruz, preguntando aquel á éste: *¿Jura V. por Dios nuestro Señor y á esa señal de cruz, decir verdad en lo que supiere y fuere preguntado?* á lo que responde: *Sí juro*; y entonces el Juez le apercibe con la grave obligacion de declarar bajo de juramento la verdad, diciendole asi: *Dios ayude á V. como la verdad dice*, á que debe responder: *Amen*. Igual séria formal diligencia se practica siempre que se recibe juramento á la parte para declaracion, ó á reo para confesion; y si aconteciese que el testigo ó parte que hubiese de declarar, ó reo á quien se le hubiese de recibir confesion, fuese moro ó judío, se le recibirá el juramento en la forma que previene la ley Real de partida (2).

(1) Ley 24. tit. 16. part. 3. ley. 19. 20. y 21. tit. 11. part. 3.

(2) Los moros para jurar han de estar en pie, tener levantado el brazo, y mirar ácia el medio dia; y puestos asi, se les ha de juramentar de esta suerte: *¿Juras por Alaquivir, aquel que tú dices ser gran Dios, á quien haces oracion; por Mahomat, que llamas su gran Profeta; por su Alcorán, y por todo lo que entiendes y crees de tu ley, y por ella te está mandado guardar, que dirás verdad &c.?* á que debe reponder: *Sí lo juro*. Y el que lo juramenta le ha de decir luego: *Si asi lo hicieres, hayas parte con él y con los demas Profetas en los paraísos en que crees estan, y si no, seas apartado de todos los bienes que dices te tiene prometido, y caigas en todas las penas con que el Alcorán amenaza á los que no creen en tu ley*; y debe responder: *Amen*; lo cual está ordenado asi por la *ley 21. tit. 11. part. 3.*

Los judíos han de jurar *por un solo Dios Todopoderoso que crió el cielo y la tierra y todas las demas cosas visibles é invisibles, y sacó á su pueblo de la esclavitud de Egipto llevándolo á la tierra de promision; por la ley de Moises que profesan, y por todo lo que creen de la Biblia sacra, decir ver-*

52 Dentro del término, cuando se intenta hacer prueba, se forma un corto pedimento de este tenor. *Digo* (1), *que por auto de tal dia fue esta causa recibida á prueba con tanto término comun á las partes; y para hacer la que á la mia corresponde, presento interrogatorio; por tanto:* = *A V. suplico, que habiéndole por presentado, se sirva mandar que á su tenor, con citacion contraria, se examinen los testigos que á este fin se presentaren; pues asi es de justicia &c.*; y junto con este pedimento, se presenta en pliego, ó medio, separado, el interrogatorio que debe concebirse en estos términos (con mas márgen del regular la cabeza), diciendo: *Por las preguntas siguientes serán examinados los testigos que se presenten por F. en la causa que sigue contra N. sobre tal ó tal cosa*; y dentro del márgen regular se prosigue diciendo: *Primeramente serán preguntados por el conocimiento de las partes, noticia de este pleito y demas generales de la ley. Digan y den razon.* = *Item, si saben &c.*, y prosigue por segunda, tercera y demas preguntas que fuesen necesarias, segun el particular ó particulares y hechos que necesiten probarse, y la última concluye. *Item, de público y notorio, pública voz y fama, y comun opinion.*

53 Con particular cuidado debemos advertir (2) que los

dad &c. Y el que los juramente, despues que respondan *que asi lo juran*, debe decirles: *Si asi lo hiciereis, el mismo Dios os ayude y premie, llevandoos al paraiso celestial como á Abraham, Isaac y Jacob, vuestros progenitores; y si no, envie sobre vos todas las plagas que envió contra Faraon y su reino, y maldiciones que por vuestra ley estan puestas contra los que desprecian los mandamientos de Dios*; y han de responder: *Amen*, lo cual es conforme á la *ley 20. del mismo tit. y part.*

Los hereges, calvinistas y de otras sectas, jurarán *por Dios Todopoderoso, por los santos Evangelios, y por lo que creen de la Biblia ó Escritura sagrada, nuevo y antiguo Testamento.*

Los idolatras ó gentiles, *por el Dios ó dioses que digan adoran*, y con las ceremonias que acostumbren.

Y los ateistas ó materialistas, respecto de negar la primera causa, ó sea la existencia de Dios, jurarán *por lo que les obliga el juramento segun su secta.*

(1) Paz in Prax. temp. 8. num. 61. ley 8. tit. 6. lib. 4. Recop. (*ó 3. tit. 11. lib. 11. de la Novis.*)

(2) Dict. leg. 8. et 6. eodem tit. et lib. ibi: Saben, supieren, ley 50. tit. 5. lib. 2. Recop. (*ó 1. tit. 21. lib. 10. de la Novis.*) ley 8. tit. 14. part. 3. Parlad. lib. 2. cap. ult. part. 1. §. 6. num. 2. ley 28. tit. 16. part. 3.

asuntos y particulares por que se pregunte á los testigos, sean hechos sujetos á la comprension de los sentidos esternos, ó á la inteligencia del testigo, mediante las mismas potencias, de modo que pueda decir *lo ví, lo oí, me hallé presente, lo sé ó supe por esta ó aquella razon*, y por lo mismo no debe preguntarseles si reflexionan, discurren ó infieren, pues aunque en este caso se haga plena prueba de reflexion y discurso, como puede ser débil ó equivocado, no aprovecha á la parte; de tal suerte que el principal objeto del Abogado en las preguntas del interrogatorio deberá ser el justificar desnudos hechos, sinceros particulares y meros supuestos, reservando para alegatos é informes el inferir, discurrir y reflexionar en vista de los hechos justificados; sin embargo, si el testigo fuese presentado en calidad de perito en los artes de agricultura, arquitectura &c., se le podrá preguntar segun los discursos y reflexiones de su leal saber y entender, estando la disputa en el caso que dichos peritos deban dar la ley.

54 Presentado en juicio pedimento é interrogatorio (1), provee el Juez *como se pide*, mandando comunicar traslado á la contraria, á quien únicamente se le entrega con los autos el pedimento, quedando reservado hasta el correspondiente estado de publicacion de probanzas el interrogatorio y su prueba, en la que, mediante la citacion hecha al contrario, puede éste si quisiese, ó su Procurador, hallarse presente al acto de recibir juramento á los testigos, y no otra cosa.

55 Cumplido el término de prueba, el actor ó reo (segun á quien conviene la breve sustanciacion de la causa), (2) presenta un corto pedimento pidiendo se haga publicacion de probanzas, y unan á los autos las hechas por las partes, ó ponga en su lugar el Escribano la correspondiente nota en caso de no haberse hecho por una ó ambas partes. De este pedimento se comunica traslado al contrario, que equivale á citacion para el acto de publicacion, y si no consiente ó allana á la publicacion á los tres dias, se acusa una sola rebeldía, y en su vista se hace publicacion de probanzas, mandando el Juez que

(1) Ley 23. tit. 16. part. 3. y dicha ley 8.

(2) Ley 37. tit. 16. part. 3. ley 1. tit. 8. lib. 4. Recop. ley 10. tit. 6. lib. 4. ibidem. (*ó 1. tit. 12. y 3. tit. 15. lib. 11. de la Novis.*)

por su órden se entreguen los autos á las partes.

56 En este estado, publicadas las probanzas y unidas á los autos (1), los recibe el actor, quien en el término de seis dias debe presentar su escrito, ó bien de tachas contra los testigos contrarios, ó de bien probado; y en el primer caso se manifestará clara y especificamente la tacha, cualidad, tiempo, razon y causa, conviene á saber, si escomulgado, falsario, perjuro, homicida &c., debe manifestarse el carácter, quién, por qué razon y en qué tiempo fue la escomunion, en qué tiempo y pleito faltó á la verdad, en qué caso fue perjuro, á quién, en qué tiempo y lugar fue homicida; y asi manifestado, se provee auto por el que se admiten y se recibe el pleito á prueba de tachas con el término perentorio de la mitad del que fue dado para la probanza principal, el cual es comun, y por lo mismo puede la otra parte poner y justificar tachas contra los testigos del contrario; advirtiéndose que en uno y otro caso no se pueden proponer tachas y justificarlas con testigos contra aquellos que lo han sido para justificar las puestas contra los primeros, porque seria proceder en infinito, y jamas se verian las causas con fin.

57 Cumplido el término probatorio de las tachas, se hace publicacion de sus probanzas como en el negocio principal, y recibidos los autos, se alega de ellos concluyendo para difinitiva, ó se concluye directamente.

58 Si hecha publicacion de probanzas en lo principal, y recibidos los autos (2) no hubiese tachas que oponer á los testigos, se alega de bien probado en esta forma. *Digo, que vistos los autos se hallará en ellos que mi parte probó bien y cumplidamente, con bastante número de testigos é instrumentos legítimos, su intencion y demanda, segun y como para obtener probar le convino, y que la contraria no lo ha hecho de sus escepciones y defensas segun probar le convenia; en cuyos términos, y declarándolo asi, V. en méritos de justicia se ha de servir proveer y determinar á favor de mi parte segun y como tengo pedido en mis escritos de tal dia* (aqui las fechas y fólios de deman-

(1) Ley. 1. y 2. tit. 8. lib. 4. Recop. (*ó 1. y 2. tit. 12. lib. 11. de la Novis.*)

(2) Paz in Prax. temp. 9. num. 12.

da y réplica), *condenando á la contraria en costas, pues como lo pido procede y es de hacer &c.*

59 De este alegato manda el Juez comunicar traslado al reo (1), y en el término de seis dias debe responder con otro igual en el siguiente ó semejante método. *Alegando de bien probado del derecho de mi parte, y respondiendo al traslado que por el proveido en tantos se me ha librado del último escrito contrario, en que concluye pidiendo se defiera á su demanda, segun resulta de su contesto, á que me refiero, y en lo necesario para impugnarle presupuesto digo: que vistos los autos se hallará en ellos que mi parte probó bien y cumplidamente con bastante número de testigos é instrumentos legítimos sus escepciones y defensas segun y como probar le convino, y que la contraria no lo ha hecho de su demanda segun y como probar le convenia, en cuyos términos, declarándolo asi, y sin embargo de cuanto en su escrito infundadamente se alega, V. en méritos de justicia se ha de servir proveer y determinar á favor de mi parte segun y como tengo pedido en mis escritos de tal y tal dia* (aqui las fechas y fólios de contestacion y duplica), *condenando á la contraria en costas, pues como lo pido procede y es de hacer &c.*

60 En uno y otro alegato se prosigue esponiendo las razones que persuadan estar probados y justificados aquellos hechos (2) que á cada parte les corresponde respectivamente probar, y al fin en la súplica se concluye para difinitiva con las cláusulas de *sin embargo* ó *novatione cessante*, las que producen el efecto de que en el caso de presentarse bajo de juramento, como queda notado al párrafo cuarenta y nueve, algunos instrumentos se mande segunda vez dar traslado á las partes para que en su vista espongan respectivamente lo que tengan por conveniente.

61 Concluso para difinitiva el espediente, manda el Juez haber la causa por conclusa, y que á las partes se les cite para sentencia (3), y asi ejecutado, debe pronunciarla en el término de veinte dias en el siguiente ú otro asemejado método. *En*

(1) Maranta de Ordine judit. decimo actu, 6. part. n. 50.
(2) Paz in Prax. temp. 9. per totum.
(3) Ley 10. tit. 6. lib. 4. Recop. ley 4. tit. 16. lib. 2. la misma ley 1. tit. 17. lib. 4. Recop. (*ó* 3. *tit.* 15. 1. *tit.* 14. *y* 1. *tit.* 16. *lib.* 11. *de la Novis.*)

el pleito y causa que ante mí ha pendido y actualmente pende entre partes, de la una N. actor demandante, y de la otra N. reo demandado, sobre tal y tal cosa, N. y N. procuradores en sus nombres, fallo atento á los autos y méritos del proceso, á que en lo necesario me refiero, que el referido N. probó bien y cumplidamente su intencion: declárola por bien probada, y que el dicho N. no probó sus escepciones y defensas, declárolas por no probadas, y en su consecuencia le debo de condenar y condeno á que entregue, restituya ó pague tal y tal cosa, y por esta mi sentencia difinitivamente juzgando con costas ó sin ellas (segun la naturaleza del pleito), *asi lo pronuncio, mando y firmo.* Si fuese la sentencia á favor del reo se concibe en la misma forma, á diferencia de declarar por bien probadas las escepciones, y por no probada la intencion del actor; añadiendo: *y en su consecuencia debo de absolver y absuelvo á N. reo demandado, é impongo perpetuo silencio al actor &c.*

62 Para la sentencia debe atender el Juez á la verdad que resulta del proceso, y por ella determinar aunque falten aquellas solemnidades de derecho (1), si no es que por las partes se pida que se observen, y asi determinado, publíca en la Audiencia su sentencia por ante Escribano y testigos, sentando á su continuacion en autos diligencia del pronunciamiento con espresion de la fecha.

63 Publicada y notificada la sentencia á ambas partes, la que se sintiere agraviada puede, si quisiese (2), interponer apelacion (3) dentro del término de cinco dias contados des-

(1) Ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. (*ó 2. tit. 16. lib. 11. de la Novis.*) Aceved. ibidem.

(2) Ley 1. tit. 18. lib. 4. Recop. (*ó 1. tit. 20. lib. 11. de la Novis.*)

(3) La apelacion es la reclamacion ó recurso que cualquiera de las partes que litigan (ú otro interesado á quien perjudique la sentencia) hace al Juez ó Tribunal superior cuando se siente agraviado por el fallo del inferior. Puede tambien hacerse verbalmente en el acto en que se notifique la sentencia ante el Escribano diciendo *apelo de ella*; pero si deja pasar algun tiempo es necesario hacerla por escrito segun la *ley 22. tit. 23. part. 3.*

Puede interponerse en uno ó en muchos estremos de la sentencia, y consentirse ésta en los demas que no perjudiquen.

La apelacion tiene dos efectos, que son *suspensivo* y *devolutivo*; suspendiéndose por el primero la jurisdiccion del Juez inferior é impidiendo la ejecucion de la sentencia; y acabándose por el segundo el conocimiento del mismo Juez inferior en la causa, que pasa ó se devuelve al superior. En el

de la notificacion (1), y á este fin se forma este pedimento. *Digo, que en el dia tantos se me hizo saber la sentencia difinitiva pronunciada en esta causa, por la que V. se ha servido declarar ó mandar tal cosa: y respecto á que dicha sentencia* (hablando con el judicial decoro) *es nula, y por tanto injusta, gravosa y perjudicial á mi parte, apelo de ella para ante legítimo superior tribunal, ó para ante quien con derecho pueda y deba alternative, por tanto:* = *A V. suplico se sirva admitirme llanamente y en ambos efectos la apelacion interpuesta, mandando que para su prosecucion y mejora se me dé el correspondiente testimonio, pues asi es justicia &c.*

64 A este pedimento provee el Juez *como se pide*, y en el testimonio debe insertarse la demanda, la reconvencion, si la hubiese, la contestacion, la sentencia difinitiva (2), su pronunciamiento, notificacion, pedimento de apelacion y su auto, y

efecto suspensivo se admite cuando el negocio de que se trata no es urgente, y se trata en juicio plenario. Y en el devolutivo (sin que se impida la ejecucion de la sentencia) cuando la causa es urgente ó versa sobre cosas que si se guardan se pierden, nombramiento de tutor y otras semejantes, y en general en todas las causas que se tratan en juicios sumarios, tal como el ejecutivo.

(1) La regla general segun la ley (1. *tit.* 20. *lib.* 11. *de la Novis.*) para interponer la apelacion son cinco dias; pero sin embargo hay varias escepciones de esta regla, tales son por egemplo las siguientes: I. De la sentencia de los árbitros se ha de apelar ó pedir la reduccion dentro de diez dias despues de notificada, pues de lo contrario queda firme. (*Ley.* 23. *y* 35. *tit.* 4. *part.* 3.) II. En el fuero eclesiástico se ha de apelar tambien dentro de otros diez: III. Cuando se trata de un menor por el beneficio que goza de la restitucion, puede, aun sin probar lesion, apelar de la sentencia hasta cuatro años despues de su menoría. (*Ley.* 1. 2. *y* 3. *tit.* 25. *part.* 3. *y* 8., *y* 9. *tit.* 19. *part.* 6. y en ellas Gregorio Lopez.) IV. El fisco, las iglesias y los Ayuntamientos ó Concejos (que tambien gozan del beneficio de la restitucion como los menores) pueden igualmente apelar en los cuatro años siguientes al término en que podia apelarse; y habiendo lesion enorme que ascienda á mas de la mitad del justo precio podrán hacerlo dentro de treinta. (*Ley* 10. *tit.* 19. *part.* 6) V. Al ausente y ocupado en el servicio del Rey ó de su Consejo, ó por razon de estudios; al cautivo desterrado ó preso por delito que haya cometido, no les corre el término de la apelacion hasta despues de la ausencia ó de su libertad, pidiendo restitucion por esta justa causa dentro de diez dias. (*Ley.* 10. y 11. *tit.* 23. *part.* 3.)

En el tiempo de apelar é interponer la apelacion se incluyen los dias feriados.

(2) Ley 10. tit. 18. lib. 4. Recop. (ó 18. *tit.* 20. *lib.* 11. *de la Novis.*) Paz in Prax. tom. 1. part. 6. num. 54.

adjunto con el poder se remite al Procurador elegido en el tribunal superior donde corresponda el recurso.

65 Por cuanto en estas apelaciones, las de autos interlocutorios que traigan gravámen irreparable (1) y demas providencias, suele acontecer que por la iniquidad del Escribano originario de la causa (empeñado en favorecer á una de las partes) se retardan é impiden los recursos legítimos de la otra, siendo repetidos los pasos, molestias y aun costas que espende el no favorecido para que se lleven á proveer los pedimentos y conseguir el testimonio; en este ú otro caso semejante en que se retarde salir el proveido, el remedio es en el mismo pedimento de apelacion, despues de haber pedido el correspondiente testimonio, añadir esta cláusula. *Y en su defecto protesto valerme de este que tomo de la entrega &c.* A este fin se saca copia del pedimento de apelacion, y con el original se entrega á otro Escribano, ó bien Real ó numerario (pero distinto del sospechoso), y á éste entrega aquel el pedimento original, y á continuacion de la copia pone fe de su entrega y da á la parte para su recurso á la superioridad. Con esta espuela se obliga al Escribano originario á que presente luego luego el pedimento de apelacion, temiendo que por la rectitud del tribunal superior donde competa el recurso se le imponga el condigno castigo á su malicioso descuido.

66 Esta precaucion es tan solamente útil en los casos propuestos, ó cuando el Juez provee la denegacion del testimonio; y en todos el Escribano que ha de dar fe de la entrega debe preguntar al originario por el proveido, sentando testimonio de la respuesta y entregándolo á la parte; con la advertencia de que si el Juez proveyó y mandó dar el testimonio pedido, ya no sirve el de la entrega, asi por ser Escribano distinto del originario, como por ser el testimonio de la entrega subsidiario y en defecto del que se pide, y asi cesa siempre que se manda dar el principal.

67 Este remedio y precaucion de las partes en los testimonios de la entrega se halla en algunas Audiencias prohibido, y mandado por el Juez á los Escribanos, bajo de multa, no den

(1) Ley 1. tit. 25. lib. 4. Recop. (*ó* 3. *tit.* 15. *lib.* 7., *y* 7. *tit.* 23. *lib.* 10. *de la Novis.*)

testimonio de la entrega hasta tanto que el Juez haya proveido su auto, lo que seria muy arreglado si solamente se fijase la consideracion en lo principal del recurso, y que en el testimonio, para formarse, se debe insertar el de los autos que agravian, considerando que para lo principal del recurso general de apelacion no aprovecha el testimonio solo de la entrega, y sí el que incluye los insertos que quedan notados al párrafo sesenta y cuatro; pero si por pedirlo las circunstancias del caso fijamos la consideracion en la malicia del Escribano que retarda hacer audiencia con el pedimento de apelacion, ó en la negligencia del Juez que no provee á su tiempo, es indispensable en este conflicto, para la digna correccion de uno ú otro, se dé y admita el testimonio de la entrega, sin necesidad de esperar á que salga el auto, siendo bastante para formar su recurso á la superioridad á fin de que se digne mandar se den á la parte los testimonios correspondientes; y si en estas circunstancias no pudieran los Escribanos dar testimonio de la entrega hasta tanto que saliese el auto, jamas se remediaba el daño, pues siendo éste la retardacion del proveido, quedaba en pie siempre que no pudiese darse por cualquiera Escribano testimonio solo de la entrega.

68 La seguridad de esta doctrina se confirma, si hacemos reflexion, con que inteligenciado el Escribano malicioso ó Juez negligente, de que los Escribanos no habian de dar testimonio de sola la entrega hasta tanto que se proveyese auto, podian (si querian) por malicia ó pasion retardar los proveidos, y no habia en este caso remedio con que socorrer á la parte verdaderamente agraviada y perjudicada; y lo que mas era, la malicia habia encontrado modo de sofocar á los perjudicados é impedirles el remedio tan grande, libre y autorizado por todos derechos, cual es el de la apelacion; y asi, para evitar tanto conocido daño, puede muy bien cualquiera Escribano, ya público ya numerario, en virtud de la ley citada dar todos los testimonios de la entrega que le pidan, y para mayor seguridad, el Escribano que le da pondrá diligencia de haber pasado al oficio del originario preguntándole por el proveido y de su respuesta, de cuyas diligencias, como actos estrajudiciales, es lícito á cualquiera Escribano dar testimonio.

69 Despues de mal formados estos cortos párrafos, he tenido la honrosa satisfaccion de ver una decision del Real y Supremo Consejo de Castilla en que se sirve su autorizada conducta mandar á conformidad de la ley citada, levantar á los Escribanos un apercibimiento puesto por su Juez para que no diesen estos testimonios de la entrega. No pongo mas individual el caso porque todos actualmente actúan.

70 Antes de separarnos del Juicio ordinario es preciso advertir el error de aquella práctica que se nota en algunas Audiencias inferiores de repetir en todo pedimento y alegato la cláusula de *ante V. como mas haya lugar por derecho, parezco y digo*; pues siendo esta para radicar la jurisdiccion y para obtener por cualquiera legal medio, solo deberá ponerse en la demanda y contestacion, y no repetirse en los demas escritos; y asi contra aquel error se observa en los tribunales superiores.

ADICION DEL EDITOR

al Juicio ordinario.

Siendo esta obra una especie de manual para los que asisten á pasantías y academias de práctica de jurisprudencia, y aun para los Abogados principiantes, parece oportuno, puesto que el Autor no da su instruccion mas que hasta el punto de interponer la apelacion ante el Juez inferior, decir alguna cosa sobre este recurso, los de segunda suplicacion é injusticia notoria; todo con la mayor concision, para que desde luego puedan adquirir una idea de los trámites de sustanciacion que sigue cada uno de ellos.

DEL RECURSO DE APELACION,

ó sea segunda instancia.

Antes de espresar los trámites de sustanciacion del recurso de apelacion, no pueden omitirse ciertas advertencias que deberán tenerse muy presentes, y en particular las sentencias de que puede ó no apelarse.

Son apelables todas las sentencias definitivas ó interlocutorias que tengan fuerza de tales, es decir, que causen un perjuicio de dificil reparacion, ó que sea irreparable por la definitiva (1).

Pero no puede apelarse en varios casos. Primero; en causas de menor cuantía, es decir, de mil maravedís, y de ahí abajo (2). Segundo; cuando la sentencia se ha dado sobre juramento voluntario entre las partes, ó éstas hubiesen pactado no apelar (3). Tercero; cuando se condena á alguno á dar algo al Rey por razon de cuenta, tributo ó cualquiera otra deu-

(1) Ley 13. tit. 23. part. 3. y 23. tit. 20. lib. 11. de la Novis. Recop.
(2) Ley 8. tit. 3. lib. 11. de la Novis. Recop.
(3) Ley 25. tit. 11. y 13. tit. 23. part. 3.

da (1). Cuarto; en toda causa criminal que sea de robo público, asonadas, fuerza de mugeres, falsificacion de moneda ó sello Real, homicidio con veneno, traicion y alevosía, siempre que resulten bien probados dichos delitos por confesion de parte ó testigos idóneos (2). Sin embargo puede apelarse en todas las causas criminales en la parte relativa á intereses ó penas pecuniarias.

Para que la apelacion sea legítima, dice el señor Conde de la Cañada, se requiere asimismo que se admita derechamente para el Juez superior inmediato del que dió la sentencia, sin que pueda hacerse á otro mas alto *omisso medio*, como se dispone en las *leyes* 1 *y* 18, *tit.* 23, *part.* 3.

Si por error se apelase á Juez superior no inmediato, ó al Juez igual al que dió la sentencia, valdrá, no para que estos puedan conocer y sentenciar, sino para remitir la apelacion á quien corresponda, lo cual suele mandarse con esta providencia: *Acuda esta parte adonde toque* (3). En las leyes 13, titulo 20, lib. 11; *y* 10, *tit.* 1, *lib.* 3 *de la Novis. Recop.* se ordena que todas las apelaciones de cualesquiera Jueces ordinarios y delegados vayan á las Chancillerías y Audiencias, escepto algunas cuyas causas, aunque se hayan seguido por las Justicias de los territorios de aquellas, corresponden inmediatamente al Consejo por la naturaleza de la materia de que tratan y por otros respetos de utilidad pública; y las de menor cuantía en pleitos sentenciados por los Alcaldes de los pueblos, que han de ir á sus Ayuntamientos, donde hubiere costumbre de ello; cuya cuantía fijó últimamente la ley en treinta mil maravedís, concediendo á los litigantes la facultad de apelar á dichos Ayuntamientos ó á las Audiencias. *Leyes* 8 *y* 10, *tit.* 20. *lib.* 11 *de la Novis. Recop.* Pasemos ahora á ver los trámites de sustanciacion de la segunda instancia.

Admitida la apelacion por el Juez inferior en uno ó en am-

(1) Ley 13. tit. 23. part. 3.
(2) Ley 16. tit. 23. part. 3.
(3) Sin embargo de todo esto, las partes pueden apelar derechamente al Rey segun la ley 18. tit. 23. part. 3. que dice: "pero si alguno quisiere luego tomar la primera alzada para el Rey, ante que pasase por los otros Jueces, decimos que bien lo puede facer. E esto porque el Rey há señorío sobre todos é puédelos juzgar."

bos efectos, y provisto el procurador del testimonio en los términos que indica el Autor en el número sesenta y cuatro, se presenta en grado de apelacion en el Consejo ó Chancillería con el pedimento del tenor siguiente: *M. P. S.=F. N. á nombre y en virtud de poder que con la debida solemnidad presento de M. vecino de tal parte, ante V. A. me presento en grado de apelacion, queja, agravio, ó por el recurso que sea mas conforme á derecho, y digo: Que ante el Corregidor ó Alcalde mayor de tal lugar, y á instancia de F. de T. se principiaron autos sobre tal cosa, en los cuales recayó sentencia el dia tantos, por la que se mandó tal cosa* (se referirá el auto ó sentencia apelada), *y habiendo interpuesto apelacion de ella en tiempo y forma, me fue admitida en uno ó en ambos efectos, y para mejorarla se me proveyó del oportuno testimonio que presento y juro; por tanto:= A V. A. Suplico que habiendo por presentados el poder y testimonio, y á mi parte en dicho grado de apelacion, se sirva mandar librar el correspondiente Real despacho compulsorio de emplazamiento para la remision de autos íntegros y originales* (ó en compulsa si la apelacion hubiese sido admitida en solo el efecto devolutivo) *por el Escribano ó persona en quien paren, imponiéndoles para su cumplimiento la pena que sea del superior agrado del Consejo, pues asi es de justicia que pido con costas y el juramento necesario &c.* (1). El auto que se provee es el siguiente.=*Líbrese el despacho,=ó como se pide;*=ó bien este otro:=*Líbrese Real provision ó despacho de citacion y emplazamiento á los interesados cometido al Corregidor de tal parte, para que en el término de tantos dias remita íntegros y originales al Consejo* (ó en compulsa) *los autos de que se hace referencia* (si se quiere se impone multa &c. segun el tribunal lo estime conveniente), *y devuelto el despacho evacuado y venidos los au-*

(1) Este pedimento que se llama de *presentacion en grado de apelacion* debe presentarse con el poder y testimonio en el tribunal superior dentro del término señalado por el inferior, asi como ante éste se deberá presentar el despacho de emplazamiento y devolverlo al Consejo ó Chancillería en el término que se haya asignado para verificarlo; pues de no hacerlo, en uno y otro caso puede declararse, á instancia de la parte contraria, por desierta la apelacion. Si no señalase término para mejorar la apelacion el Juez inferior, el apelante tiene cuarenta dias si el Tribunal superior residiere al otro lado de los puertos (ó de puertos allende), quince de puertos acá (ó aquende), y tres si reside en el mismo pueblo que el Juez inferior.

tos, se entreguen á esta parte para que mejore la apelacion (ó vuélvase á dar cuenta).

Este despacho se entrega al procurador de la parte apelante bajo de recibo que queda en la Escribanía de Cámara para que lo presente al Corregidor ó persona á quien va dirigido á fin de que se hagan los emplazamientos, y puedan remitir los autos al Consejo ó Chancillería; y evacuados aquellos se vuelve á recoger el despacho para su presentacion en la Escribanía de Cámara por el procurador que lo recibió.

Presentado éste y venidos los autos originales, ó en compulsa, se entregan á la parte apelante, quien presenta la demanda llamada de agravios, ó mas comunmente *mejora de apelacion*, en estos términos: *F. N. á nombre de F. T. en los autos con F. sobre tal cosa, insistiendo en la apelacion que tengo interpuesta, y en caso necesario interponiéndola de nuevo, de la sentencia ó auto definitivo pronunciada en ellos por el Corregidor ó Alcalde mayor de tal parte mandando tal cosa, digo: Que V. A. en justicia se ha de servir declararla nula, de ningun valor ni efecto, ó revocarla como injusta, mandando ó declarando &c.* (se dirá lo que se pretenda), *pues asi corresponde en justicia por lo resultante de los mismos autos y reflexiones siguientes* (Aqui se alega esponiendo los agravios y demas razones que el Letrado juzgue convenientes); *por tanto:=A V. A. suplico se sirva proveer y determinar segun dejo pedido al principio de este escrito, pues asi es de justicia que pido con costas y el juramento necesario &c.*=La providencia á este escrito es: *Traslado.* Y en su virtud, tomados los autos por la parte contraria, contesta con el escrito siguiente: *M. P. S.=F. T. á nombre de F. en los autos sobre tal cosa contestando* (ó adhiriéndome) (1) *á la apelacion interpuesta de contrario de los autos y procedimientos* (ó de la sentencia definitiva) *del Corregidor ó Alcalde mayor de tal parte, por la cual mandó tal cosa, digo: Que V. A. en mé-*

(1) La parte que sostiene la validacion de la sentencia apelada por la contraria puede adherirse á la apelacion si la sentencia contiene dos partes, una *absolutoria* y otra *condenatoria*, y el apelante hubiese interpuesto apelacion de la segunda; pidiendo, no solo que se confirme ésta, sino que se revoque la primera, y que por consecuencia se condene en ambas al apelante; lo cual es una especie de reconvencion y sigue las mismas reglas que ésta.

ritos de justicia se ha de servir confirmarla en todas sus partes mandando se lleve á puro y debido efecto, pues asi procede y es de hacer por lo que resulta de autos y siguientes consideraciones (Aqui se alegará, concluyendo despues como en el anterior escrito de mejora).

PRÁCTICA DEL CONSEJO

en las apelaciones de los juzgados de Provincia ó de Villa en Madrid.

Todo lo que hemos dicho hasta ahora sobre el modo de introducir la apelacion en el Consejo, y formulario para ello que queda estendido, es cuando la apelacion se interpone de providencias de tribunales de fuera de la Corte; pues cuando es de los de dentro de ésta, es decir, de los juzgados de provincia á cargo de los señores Alcaldes de Casa y Corte, que cada uno tiene el suyo, y de los de Villa que le tienen los dos señores Tenientes de Corregidor de Madrid (despachando con los primeros los Escribanos de provincia, y con los segundos los de número de la Corte), se sigue otra práctica en el modo de introducir dicho recurso de apelacion algun tanto distinta de la referida, y es la siguiente:

Para que pueda apelarse al Consejo de las providencias de los juzgados de provincia ó de los de Villa, ha de versar el negocio ó pleito sobre mas cantidad de mil ducados en los primeros, y no ha de bajar de trescientos mil maravedís vellon (ocho mil ochocientos veinte y tres reales y medio maravedí) en los segundos (1), pues de lo contrario no se admite la apelacion.

Versando el negocio sobre una de estas dos cantidades, y siendo la sentencia contraria, se apela para el Cônsejo, y sin necesidad de testimonio alguno, como se ha dicho para las apelaciones de fuera, se forma el pedimento de mejora, ó lo que es lo mismo, presentándose en grado de apelacion en el Consejo en los términos poco mas ó menos que queda espresado con respecto á las apelaciones de fuera, aunque variando los nombres y la pretension: pues en estas se pide despacho de em-

(1) Escolano, Práctica del Consejo Real, tom. 2. pág. 344.

plazamiento para la remision de autos, y en las apelaciones de dentro de la Corte se ha de pedir que el Escribano de provincia ó de número ante quien pendan los autos en los cuales se ha dado la sentencia apelada, venga á hacer relacion de ellos en el Consejo, y en su vista revocar aquella, ó bien que dicho Escribano ponga los autos en Escribanía de Cámara.

Bajo de estos supuestos, el pedimento de mejora, dice el señor Escolano en su Práctica del Consejo Real, " debe entregarse al Escribano de Cámara que está en turno en los dos meses que á cada uno corresponden; y se ha de presentar poder de la parte apelante, ó nota del Escribano de número ó de provincia ante quien pendan los autos, en que dé fe de que le tiene en ellos el Procurador que firma el pedimento."

Si los autos de que se introduce la mejora han estado entregados antes en el Consejo por virtud de otra apelacion, debe llevarse el pedimento al Escribano de Cámara que los tuvo.

Cuando la mejora es de que el Escribano de provincia ó número venga á hacer relacion, se pone el decreto siguiente: *El Escribano de provincia ó número F. venga á hacer relacion citadas las partes; y ésta* (la mejorante) *dentro de seis dias siguientes ponga evacuado el decreto con las citaciones en poder del Escribano de Cámara actuario; y pasados, no lo haciendo, se declara por desierta la apelacion, y el Juez que conoce de los autos prosiga en ellos como halláre por derecho.*

Si es de entrega, el decreto es asi: *Madrid &c.=El Escribano de provincia F. entregue los autos en Escribanía de Cámara como es obligado, y hágase saber á las partes.* En los de número el decreto es como sigue: *Madrid &c.=El Escribano de número entregue los autos en la Escribanía de Cámara, sin perjuicio de sus derechos y privilegio, y hágase saber á las partes.*

El decreto de mejora se hace saber al Escribano de provincia ó número por el de diligencias de la Escribanía de Cámara, estendiendo á su continuacion una en esta forma: *En la villa de Madrid á tantos, yo el Escribano hice saber y notifiqué la mejora y decreto anterior á N. Escribano de provincia ó número, de que doy fe.*

Se da la certificacion al Procurador, quien debe presentarla evacuada en la Escribanía de Cámara dentro de los seis dias prevenidos en el decreto; y en su virtud viene el Escri-

bano del número ó provincia á hacer relacion de los autos en el Consejo, y se provee lo que este supremo tribunal tiene por conveniente.

Si los autos se entregan en Escribanía de Cámara, y las partes quieren tomarlos para mejorar su apelacion ó instruirse sus Abogados, lo deben solicitar por medio de pedimento, de que se da cuenta en Sala de Provincia, y acordada la entrega, los toma el Procurador bajo de recibo, y pasados tres dias despues del conocimiento ó asiento en el libro de la Escribanía, si no se devuelven, puede apremiarsele y se le apremia. Si se vuelven pidiendo término, el pedimento ha de venir firmado del Abogado, pues de lo contrario no se admite; y dada cuenta á la Sala se concede ó niega, notificándose al Procurador, pues desde el dia siguiente al de la notificacion corre el término: si concluido no se devuelven, se saca otro apremio; y si se devuelven alegando, se provee decreto de *traslado*; y con dos pedimentos que se presenten por cada parte se debe tener el pleito por concluso; bien que en el dia se practica dar traslados recíprocos hasta que por una de las partes se concluye. *Hasta aqui la práctica de las operaciones en el Consejo, de las sentencias de los juzgados de provincia ó de villa de la Corte.*

Ambos litigantes pueden ampliar sus peticiones en lo accesorio al litigio principal, como rentas, frutos &c.; pero no les es permitido alterar aquellas en lo esencial de suerte que muden de naturaleza. Tambien les es lícito alegar nuevos hechos y probarlos, ó esforzar con nuevas razones ó pruebas los alegados en primera instancia: sin embargo no pueden presentar testigos sobre los artículos comprendidos en el interrogatorio de dicha primera instancia ú otros directamente contrarios (1).

Segun la práctica, con uno ó dos pedimentos de cada parte queda fijada la cuestion y concluyen, ó el Juez, á peticion de cualquiera de ellas, declara por conclusa la causa para prueba; y en esta segunda instancia basta una sola rebeldía para concluir en cualquier estado que tenga (2).

Del mismo modo que en la primera instancia se abre la causa á prueba en esta segunda: haciéndose publicacion de las

(1) Ley 6. tit. 10. lib. 11. de la Novis. Recop.
(2) Ley 2. tit. 15. lib. 11. de la Nov. Recop.

probanzas principales, de las de restitucion y tachas si las hubiese, practicándose todas estas diligencias por el Escribano de diligencias de la Escribanía de Cámara, y los autos se encomiendan, pasan al Relator que da cuenta al Consejo de lo actuado: las partes alegan de bien probado, se declaran los autos por conclusos á instancia de una ó ambas partes, y hecho el estracto ó apuntamiento de ellos por el Relator, y señalado dia para su vista, se falla con asistencia de los Letrados defensores de las partes que informan *in voce* en el tribunal (1), y de las mismas partes, si quieren asistir, y sus Procuradores; á los cuales no es necesario citar para oir la sentencia como lo es en la primera instancia (2).

Resta decir para concluir esta materia, que cuando la parte que apeló no se presenta dentro del término señalado á mejorar la apelacion, ó despues de presentado en este grado y venidos los autos, no los toma y alega de agravios; la otra parte pide se declare por desierta la apelacion, y firme y subsistente la sentencia apelada.

Si la parte no apeló, ó aunque haya apelado no se presenta en el tribunal superior á mejorar la apelacion en el término señalado por la ley, la otra pide se declare la sentencia por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada, de cuya solicitud se da traslado á la parte apelante, y con lo que ésta esponga, ó si no lo hace de cosa alguna, se declara ó no por consentida &c. la sentencia.

El término que la ley concede para proseguir y concluir el Juicio de apelacion es el de un año, y si asi no se hace, queda firme y valedera la sentencia, á no ser que hubiere impedimento legítimo para hacerlo (3).

Declarada por desierta la apelacion, la senténcia queda irrevocable y pasada en autoridad de cosa juzgada; y se da á la parte vencedora un testimonio en el que se hace una breve relacion del pleito, insertándose la sentencia y el auto en que

(1) Si no asisten á la vista, lee el Relator sus alegatos para que no quede indefensa la parte.

(2) Ley 5. tit. 26. part. 3.; 6. tit. 23. lib. 5.; 3. tit. 15. lib. 11. de la Novis. Recop.

(3) Ley 5. tit. 20. lib. 11. de la Novis. Recop.; pero no se observa en la práctica.

se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada; á cuyo testimonio se da el nombre de carta ejecutoria (*ley* 18, *tit.* 20, *lib.* 11 *de la Novis. Recop.*).

ADICION AL ARTÍCULO APELACION.

sobre los modos que un Juez puede causar agravio á las partes, modo de alzarlos, y recursos para ello.

Hemos visto todos los trámites que debe llevar la apelacion, suponiendo al Juez administrando rectamente justicia, y por consiguiente admitiendo aquella para el tribunal que corresponde; pero por desgracia suele darse algunas veces con Jueces que, ó abusando de su autoridad, por pasion, ódio ú otro motivo, entorpecen el curso de los pleitos, conceden términos y dilaciones que hacen eternos los autos, deniegan la apelacion, ó tal vez no quieren oir en justicia á las partes; de modo que estas sufren mil perjuicios y vejaciones, sin lograr gozar tranquilidad y ver asegurado su derecho. Para obviar estos perjuicios, nuestras sabias leyes han adoptado ciertas reglas y disposiciones que no me parece fuera del caso espresar aqui aunque muy brevemente, como que son una égida de la justicia.

Un Juez puede escederse en sus procedimientos y causar perjuicio á los litigantes de cuatro modos, á saber. Primero: entrometiéndose á juzgar de cosas no sujetas á su jurisdiccion. Segundo: no oyendo al que le pide justicia, ó dilatando mas de lo justo la audiencia ó la sentencia. Tercero: no admitiendo la apelacion legítimamente interpuesta. Y cuarto en fin: alterando el órden del juicio, ya sobre las cosas, ya en cuanto á las personas, como por egemplo, si despoja á alguno arbitrariamente de la posesion que tiene &c.

Cuando un Juez usurpa la jurisdiccion que no le compete, toca impedirlo al litigante interesado, declinando su jurisdiccion; ó bien al mismo Juez competente defendiéndola y formando *contienda de competencia* al usurpador, despues de haber pasado los oficios correspondientes para que éste se inhiba del conocimiento. Si no lo hiciese, y con efecto se formase la competencia, siendo los Jueces contrincantes de una misma jurisdiccion, como dos Corregidores, Alcaldes &c., decide la du-

da el tribunal superior inmediato de su fuero, como la Chancillería ó Audiencia.

Pero cuando son de diferente línea ó categoría, como v. gr. un Intendente y un Alcalde, un Capitan general y un Corregidor &c., remiten oficialmente, y sin mas órden, dentro de los ocho primeros dias, ambos juzgados los autos originales á la Junta suprema de competencias que componen Ministros togados de todos los Consejos, presidida por el Gobernador del de Castilla; y en ella se deciden por el mayor número de votos no bajando de tres; y su resolucion se lleva á efecto como gubernativa é insuplicable. Acto continuo se pasan los espedientes al juzgado á quien se declara corresponder el conocimiento, y se da aviso al otro de la resolucion tomada.

La suprema Junta de competencias se reune uno ó dos dias á la semana en una de las salas del Consejo supremo de Castilla, actuando en las causas un Escribano de Cámara, que es el de Gobierno del mismo, y los Relatores de todos los demas tribunales supremos por su turno.

En el segundo caso, esto es, cuando un Juez no quiere oir á alguno en justicia, ó dilata maliciosamente la sentencia, el agraviado debe quejarse á la Chancillería ó Audiencia del territorio, ó al Consejo, en su caso, con el escrito siguiente: = *M. P. S. = F. N. á nombre de F. N. vecino de tal parte, de quien presento poder en debida forma, ante V. A. por el recurso de queja, agravio, ó el que mas haya lugar en derecho, digo: Que habiendo presentado mi parte á D. N. Corregidor ó Alcalde de dicho pueblo y su Juez competente, la demanda, cuya copia concordada exhibo con la debida solemnidad, dicho Juez, desatendiéndola sin causa alguna legítima, se ha negado á oir en justicia al que defiendo, con manifiesta infraccion de las leyes* (si fuere de otra clase el agravio se espresará y concluirá del modo siguiente): *y á fin de que se le administre la justicia que pide, y se repare tan notable agravio: = A V. A. suplico que habiendo por presentados dichos documentos, se sirva mandar despachar su provision ordinaria para que el referido Juez oiga y administre justicia á mi parte, sin dar lugar á otras quejas y dilaciones; pues asi es conforme á justicia que pido, juro &c.* (1).

(1) Para preparar este recurso ya dice el autor lo bastante en los nume-

La Chancillería ó el Consejo libra Real provision mandando que el Juez inferior oiga y administre justicia á la parte sin dar lugar á quejas ni dilaciones. Si no obedeciese, se despacha otra conminándole con una multa arbitraria; y si aún fuese tan pertináz que no obedeciese, se libra tercera Real provision declarándole incurso en la multa, y amenazándole con otra mayor si no oye al interesado.

En el tercer caso, esto es, cuando el inferior, despues de haber oido al interesado y empezado á conocer de la causa, dilata los términos ó providencias mas de lo justo, el agraviado debe interponer apelacion y si el Juez no se la admite ó le niega el testimonio para mejorarla, tiene tambien lugar el recurso de queja al tribunal superior, el cual manda librar su primera provision como en el caso anterior, y si no fuese obedecida, suele pedir los autos *ad efectum videndi*, y si de este exámen resulta culpable de omision el Juez inferior, manda despachar segunda provision amenazando multarle.

Si en el discurso del litigio el Juez deniega la apelacion, ó solo la admite en el efecto devolutivo debiendo admitirle en ambos, el litigante agraviado pedirá testimonio de la denegacion, y se presentará con él al tribunal superior; si no se concediese el testimonio, se presentará de hecho en grado de apelacion en el Consejo, quien manda recoger los autos, y en su vista, y de lo alegado por el interesado, declara haber lugar al recurso, ó manda al inferior que admita la apelacion.

En el cuarto caso, es decir, cuando el Juez inferior altera el órden del Juicio para interponer el recurso de queja, es necesario distinguir si la alteracion es accidental ó que no causa una vejacion notable, como por ejemplo la denegacion de un traslado ó término, y en tal caso debe apelarse; ó si se altera el Juicio en lo esencial con particular vejámen, y entonces se introduce el recurso de queja. Esto puede suceder de dos modos: primero, alterando el estado de las cosas que son objeto del litigio, en cuyo caso introduciendo el recurso y no obedeciendo el Juez la primera provision, se piden los

ros 65. 66. y 67. pág. 28 de esta obra, aplicándose al Juez lo que dice respecto del Escribano que entorpece la apelacion, y á dichos números remito al lector.

autos *ad efectum videndi.* Si el gravámen es dudoso se manda entregar el proceso á las partes por su órden para que aleguen lo que crean conveniente; y en su vista decide el tribunal superior. Resultando probado el gravámen, remite los autos al Juez inferior imponiéndole alguna multa si apareciere que procedió maliciosamente, y mandando reponer las cosas al ser y estado que tenian antes del recurso; ó bien retiene los autos dicho tribunal superior si por la entidad de la cosa ó la calidad de las personas que litigan pareciere deber retenerse. Se causa tambien gravámen, y aun mas notable, vejando indebidamente á los litigantes en sus propias personas. Como en este caso es mayor el perjuicio, procede el tribunal superior con mayor severidad; pues si el Juez inferior no obedece á la primera provision, ni justifica sus procedimientos, se envia por la Chancillería un Receptor para que redima la vejacion al agraviado, y exija al Juez la multa que se le haya impuesto (señor Elizondo *Práctica universal forense*, *tom.* 6, *núm.* 4.).

DE LA SÚPLICA.

No puede apelarse de las sentencias dadas por los tribunales supremos, como los Consejos, Chancillerías y Audiencias, porque la apelacion se ha de interponer precisamente de un Juez ó tribunal menor á otro mayor, y los supremos representan la Real Persona de S. M. que no reconoce superior; pero no obstante se puede suplicar de dichas sentencias ante los mismos tribunales supremos para que corrijan ó revoquen la primera sentencia que se llama de *vista* por la segunda llamada de *revista* (1). Pero no se admite la súplica en todo género de causas que el señor Tapia enumera del modo siguiente en su *Manual de Práctica forense.*

Primero: no se admite la súplica en todas aquellas causas en que no se admite apelacion, tales como las de menor cuantía y otras á este tenor. Segundo: cuando la sentencia de vista es confirmatoria de dos sentencias conformes de grado en grado, dadas por Jueces inferiores; por ser regla general establecida en varias leyes, que tres sentencias conformes cau-

(1) Ley 17. tit. 23 part. 3., y 2. tit. 21. lib. 11. de la Novis. Recop.

san ejecutoria; de suerte que en este caso ni aun se admite el recurso de nulidad (1): Tercero: en los pleitos que se comienzan en las Chancillerías y Audiencias se admite súplica de la sentencia de *vista*, pero no de la de *revista* (2). Cuarto: tampoco há lugar la súplica del auto en que se declara que *hace ó no fuerza* el Eclesiástico, ni del que dieren los señores del Consejo, Presidente y Oidores de las Chancillerías ó Audiencias, declarándose ó no Jueces (3). Quinto: asimismo no se admite súplica de la sentencia confirmatoria de la que dieren los Jueces árbitros (4). Sesto: ni de las sentencias dadas en el Consejo en grado de apelacion de los Alcaldes de Casa y Corte (5). Séptimo: ni del auto en que se declare por el Consejo haber ó no grado de segunda suplicacion (6). Octavo: ni de la sentencia que sobre tenuta y posesion de mayorazgo diere el Consejo (7). Noveno: ni de las sentencias interlocutorias, á no ser que tengan fuerza de definitivas (8).

Tambien es inadmisible el recurso de súplica de las sentencias pronunciadas en los juicios posesorios; de las en que se reciben á prueba los autos en segunda instancia; de las dadas sobre admitir ó no los instrumentos que se presenten en ella; de las de graduacion en concurso de acreedores; de las que pronunciasen los Delegados inmediatos del Soberano; de los autos sobre remitir ó retener los procesos á cierto Juez cuando no se confirme, declare ó revoque alguna providencia de que se hubiese apelado, pues entonces se oye la súplica de este auto; de la sentencia en que se manda jurar de calumnia bajo pena de confeso; de la declaracion sobre ser ó no bastantes las causas de la recusacion; de la sentencia ó auto dándose por recusado un Oidor ó Alcalde, pues de lo contrario será suplicable; de la dada sobre recibirse ó no instrumento en segunda instancia; de aquella en que se multa á un Aboga-

(1) Ley 25. tit. 23., 4. tit. 24. part. 3., y 2. tit. 21. lib 11. de la Novis. Recop.
(2) Ley 2. tit. 21. lib. 11. de la Novis. Recop.
(3) Ley 7. tit. 21. lib. 11. de la Novis. Recop.
(4) Ley 4. tit. 17. lib. 11. de la Novis. Recop.
(5) Ley 13. tit. 20. del mismo libro.
(6) Ley 15. tit 22. id.
(7) Ley 6. tit. 24. id.
(8) Ley 13. tit. 23. part. 3.

do por formar interrogatorio sobre los mismos artículos de la primera instancia, ó directamente contrarios de la aprobacion de fianzas dadas para llevar á ejecucion las sentencias arbitrarias ó transacciones; de las declaraciones de ser ó no suficientes las fianzas de quien intenta el recurso de Mil y quinientas; de las de depositar el recusante la cantidad señalada por la ley; de las condenaciones hechas por el Consejo contra los capitulares de los Corregidores (1); de las sentencias del mismo tribunal sobre visitas de Escribanos, residencias de Alcaldes de Sacas y sus Oficiales, Tesoreros y Receptores de alcabalas; de las determinaciones de dicho tribunal en las visitas ordinarias que alguno de sus señores Ministros haga de los Escribanos de Cámara, Relatores y demas subalternos (2); y finalmente es inadmisible el recurso de súplica de las providencias en que se mandan llevar á la Sala los pleitos en definitiva (3).

Segun la ley, se ha de interponer la súplica dentro de diez dias, si es de sentencia definitiva, y deben espresarse los agravios en el mismo escrito; y si la sentencia es interlocutoria con fuerza de definitiva, debe suplicarse dentro de tres dias empezando á contarse en ambos casos desde su notificacion; y puede interponerse la súplica ante el Escribano de la causa, con tal que el primer dia de audiencia se presente en ella; pues no haciéndolo asi, se tendrá la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada (4). Y se advierte que transcurrido el término referido para suplicar, no se concede restitucion de él.

Algunas veces suele el tribunal superior confirmar la sentencia del inferior, por lo cual, es decir, por ser dos sentencias conformes, no es admisible la súplica como hemos visto antes; pero sin embargo se presenta un pedimento pidiendo vénia ó licencia para suplicar (5), y si se concede, se interpone la súplica como en los casos suplicables.

Los trámites de sustanciacion que se observan en esta tercera instancia son los siguientes: se presenta el pedimento de súplica lisa y llana, ó como llama el señor de Tapia en su Manual

(1) Ley 12. tit. 21. lib. 11. de la Novis. Recop.
(2) Ley. 12. y 13. tit. 21. lib. 11. id
(3) Ley 25. tit. 23. part. 3., 2. 6. y 7. tit. 21. Novis. Recop.
(4) Ley 1. tit. 21. lib. 11. de la Novis. Recop.
(5) Nota 3. tit. 21. lib. 11. de la Novis. Recop.

de práctica forense, de *súplica general*, concebido poco mas ó menos en estos términos: *M. P. S.*=*F. á nombre de F. en el pleito pendiente en apelacion ante este supremo tribunal sobre esto, digo: Que vistos en tal dia, V. A. se sirvió revocar la sentencia apelada ó mandar tal cosa; y siendo dicha sentencia de vista digna de suplirse y enmendarse* (hablando con el debido respeto), *suplico de ella; y para que pueda verificarse:*=*A V. A. suplico que admitiéndome en este grado de súplica, se sirva mandar se me entreguen los autos para interponerla mas en forma; pues asi es de justicia que pido con el juramento necesario &c.*

Se admite la súplica y entregan los autos para mejorarla; y tomados se hace con el pedimento siguiente (1): *M. P. S.*= *F. en nombre de N. mejorando la súplica interpuesta* (ó suplicando en forma) *del auto de vista del Consejo, fecha tantos, en que se sirvió mandar esto ó lo otro, digo: Que V. A. en justicia se ha de servir* (hablando debidamente) *suplirlo y enmendarlo* (en todo ó en parte, segun fuere), *confirmando en un todo la sentencia pronunciada en tal dia por el Corregidor ó Alcalde mayor de tal parte; haciendo y declarando segun y en los términos que tengo solicitado anteriormente; pues como lo suplico es de hacer por lo que resulta de autos y reflexiones siguientes* (se alega). *Y por tanto:*=*A V. A. suplico se sirva proveer y determinar como dejo pedido al principio de este escrito; pues asi es de justicia que pido, costas, juro &c.*

Conferido traslado á la parte contraria, ésta contesta ó se adhiere á la súplica en los términos siguientes (2): *M. P. S.*= *F. N. á nombre de N. en los autos con F. sobre tal cosa, contestando* (ó adhiriéndome) *á la súplica interpuesta de contrario del auto ó sentencia de vista del Consejo, fecha tantos, en que se manda esto ú lo otro, y respondiendo al escrito de la contraria, de que se me ha conferido traslado, en el que solicita se supla y enmiende &c., digo: Que V. A. en méritos de justicia, y sin embargo de cuanto en dicho escrito se espone y alega, se ha de servir confirmarla en un todo, condenando á la contraria en las costas de esta y anteriores instancias; pues asi es de hacer por lo resultante de autos y consideraciones siguientes* (se

(1) Este pedimento se llama de *súplica especial.*
(2) Este pedimento se llama de *oposicion á la súplica.*

alega y concluye como en el anterior escrito).

Regularmente se confiere otro traslado, y se contesta ó concluye como en la instancia de *vista*, pudiendo tambien los litigantes presentar nuevos artículos y probanzas, sustanciándose en todo y por todo como en aquella.

DEL RECURSO DE SEGUNDA SUPLICACION.

La segunda suplicacion es una revision del proceso que concede el Príncipe por la ley de Segovia (1), en ciertas causas en que no compete otro remedio contra el agravio recibido en la segunda instancia (2).

Para que tenga lugar ó pueda interponerse este recurso, es preciso. Primero: que se haya principiado la causa en el Consejo, Chancillería ó Audiencia por nueva demanda, y no por via de nulidad ni reclamacion &c. (3). Segundo: que se interponga de sentencia definitiva de *revista*, y no de interlocutoria aunque tenga fuerza de tal. Tercero: que sea de causa ó negocio grave de cantidad considerable; es decir, que tratándose de propiedad, su valor ó estimacion ha de llegar á tres mil doblas de oro de cabeza, que en el dia equivalen á la cantidad de cuarenta y dos mil setecientos noventa y siete reales vellon; y si el pleito fuere en Indias á diez mil pesos de oro, y si este versase sobre posesion, ha de ascender el valor á seis mil doblas (4). Cuarto: que para haber lugar á la segunda suplicacion en el juicio posesorio, ademas del valor espresado, es necesario que se trate de la posesion principalmente y no por incidencia; que no sea la posesion de bienes de mayorazgo, pues que en este género de causas no se admite segunda suplicacion de la sentencia de *revista* aunque no sea conforme con la de *vista*, como que deben ejecutarse dando el que las obtuvo fiadores aprobados por el Consejo ó Audiencia, de restituir á su contrario la cosa si le viniere en juicio de propiedad; y últimamente, que en cualesquiera otras causas sobre

(1) Es la 3. tit. 22. lib. 11. de la Novis. Recop. y se llama de Segovia por haberse establecido en esta ciudad año de 1390.
(2) Ley 1. tit. 22. lib. 11. de la Novis. Recop.
(3) Ley 4. tit. 22. lib. 11. id.
(4) Ley 4. y 6. tit. 22. lib. 11. de la Novis. Recop.

posesion, no haya dos sentencias conformes del Consejo, Chancillería ó Audiencia; pues en este caso no há lugar la segunda suplicacion ni otro recurso alguno (1).

La segunda suplicacion ha de interponerse dentro de veinte dias, contados desde la notificacion de la sentencia, pues que transcurrido este término sin hacerlo, no hay restitucion. El que la interpone se obliga á dar fianzas de pagar mil y quinientas doblas de oro (2) si se confirmáre la sentencia, aplicándose aquellas por terceras partes á la Real Cámara, á los Jueces que sentenciaron en *revista*, y á la parte vencedora, segun la *ley* 1. *tit.* 22. *lib.* 11. *de la Novis. Recop.* El que suplicó, despues de haberse introducido el recurso puede separarse de él, dentro de tres meses, en cuyo caso no incurre en la pena de las mil quinientas doblas, segun la ley 2. del mismo título y libro; pero sí incurrirá si lo verifica despues.

La parte que quiera usar de dicho recurso, debe presentarse en el mismo tribunal donde litigó y recayó la sentencia de *revista*, en el término ya espresado, tenga ó no el Procurador poder especial para ello, lo cual se hace con el pedimento siguiente: *F. N. á nombre de F. T. en los autos que mi parte sigue con F. sobre tal cosa, ante V. A. me presento en grado de suplicacion para ante la Real Persona de S. M. con la fianza de las mil y quinientas doblas, ó como mas haya lugar en derecho, de la sentencia de revista pronunciada en estos autos por el Presidente y algunos de vuestros Oidores de la Real Chancillería* (ó por la sala ó tribunal donde haya sido) *con fecha tantos, por la que se declaró ó mandó tal cosa, segun consta de los mismos autos, y con el respeto debido, digo: Que dicha sentencia es nula y sobremanera gravosa á mi parte* (hablando debidamente); *por lo cual debe revocarse, suplirse ó enmendarse declarando tal cosa, por lo que resulta de autos y siguientes consideraciones* (se alega). *Por tanto:* = *A V. A. suplico que habiéndome por presentado en este grado de segunda suplicacion, se sirva proveer y determinar segun dejo pedido en la cabeza é in-*

(1) Ley. 5. 6. y 16. tit. 22. lib. 11. de la Novis. Recop.

(2) Hacen de nuestra moneda corriente 21.398 rs. y 17 mrs., y segun Escolano 21.396 á razon de 485 mrs. cada una, ó lo que es lo mismo 14 rs. y 19⅔ mrs.

greso de este escrito, que repito por conclusion; pues asi es de justicia que pido, juro lo necesario &c.

Otrosi. *Presento poder especial para seguir esta instancia y dar la correspondiente fianza de pagar las mil y quinientas doblas conforme á ley de Segovia, con informacion de abono y aprobacion de las Justicias, en caso que dicha sentencia se confirme:=A V. A. suplico que habiendo por presentados los referidos documentos, se sirva mandar que el presente Escribano de Cámara los reciba y dé á mi parte el oportuno testimonio ó certificacion para poder presentarme ante la Real Persona; pues asi es de justicia* ut suprà.

Nota. Si fuese pobre la parte, presentará la caucion de pagar las mil y quinientas doblas si se confirma la sentencia, luego que llegue á mejor fortuna.

De este recurso se da traslado á los demas colitigantes, y despues se comunica al Fiscal de S. M., y en vista de lo que por todos se espone, se provee auto concediendo ó negando el testimonio ó certificacion para presentarse á S. M. Si se le concede, debe hacer la presentacion dentro de los cuarenta dias contados desde el en que suplicó, sopena de desercion, sin que pueda pedirse restitucion (1); y dicho término se entiende solo para las Chancillerías y Audiencias del continente, pues por lo respectivo á las de Canarias y Mallorca está prorogado hasta noventa dias por la Real pragmática de diez y ocho de Agosto de mil setecientos setenta y cuatro (2).

En el grado de segunda suplicacion se admite la adhesion del contrario ó colitigante, asi como en el de apelacion ó súplica; y por lo tanto puede hacerlo el vencedor, con la mira de que se revoque ó enmiende la sentencia en lo que le perjudique; y de haber sucedido, ó de haberlo declarado asi el Consejo, y aun el señor don Cárlos III, dice Escolano, hay varios ejemplares.

Aunque en en la misma Chancillería ó Audiencia donde se haya determinado el pleito sobre las instancias de *vista* y

(1) Está en práctica contarse el término desde que se declara haber lugar á la segunda suplicacion, y se da el testimonio á la parte para acudir á S. M.

(2) Ley 3. tit. 22. lib. 11. de la Novis. Recop.

revista, dice el señor Elizondo (1), ha de deducirse la segunda suplicacion, deben necesariamente esplicarse las causas del agravio, del mismo modo y en la misma forma que se practíca en las súplicas ordinarias; de cuya solicitud se da traslado á los demas colitigantes para que con vista de los autos, ó contradigan el grado por no ser la causa capaz de este remedio, ó se opongan á las fianzas por falta de idoneidad, ó aleguen de la justicia de la sentencia de *revista*: cuyo espediente pasa siempre, y por necesidad, á los Fiscales de S. M. asi en España como en las Indias, por quienes se coadyuva ó contradice el grado, segun diariamente lo observamos; y en su virtud se manda dar al Escribano de Cámara originario del pleito testimonio de él espresivo de las partes y causa de litigar, de las sentencias de *vista* y *revista*, de la segunda suplicacion y de su admision.

Algunas veces suele introducirse el artículo de *no haber lugar al grado de segunda suplicacion*, cuya declaracion toca en el dia á la Sala de Mil y quinientas; y asi, tomados los autos por las partes para instruccion de los Abogados, si estos reconocen por ellos que no corresponde el recurso por los vicios con que se halla introducido, lo alegan solicitando su denegacion, y se sustancia este incidente con traslados hasta que concluso se pasa al Relator, y si se estima no corresponder el recurso, se dice: *No há lugar al grado, y devuélvanse los autos*; cuya devolucion se hace siempre por un Portero del Consejo á costa de la parte que introdujo el grado.

Parece segun esto, y por la práctica del Consejo, que las Chancillerías y Audiencias Reales solo tienen facultad para conceder ó negar el testimonio que pide la parte para presentarse á S. M.; pero sin embargo practican estimar ó desestimar el recurso de segunda suplicacion; y este auto es apelable al Consejo en las tres salas de Mil y quinientas, á quien corresponde la confirmacion de este perjudicial artículo (2).

(1) Tomo 6. de su Práctica universal forense, part. 2. num. 17.

(2) Sin admitir la segunda suplicacion, y dar á la parte el testimonio correspondiente, no puede presentarse ante S. M. ni tratarse en el Consejo de la causa principal por medio de la segunda suplicacion; y siendo constante que los autos preparativos forman una misma causa con la principal, y que el Juez de ésta lo debe ser tambien de aquella para remover cualquier

La parte que se siente agraviada se presenta con el testimonio correspondiente por el recurso de súplica en la Sala de Mil y quinientas, y se manda despachar la provision ordinaria de emplazamiento y remision de los autos originales obrados sobre este incidente, y venidos, se toman y alega por las partes, y conclusos se procede por las tres Salas á su determinacion: si se revoca el auto apelado mandando dar la certificacion para presentarse á S. M., se practíca lo que queda sentado tratando de este punto. Tambien dice Escolano, de quien es la doctrina que dejamos sentada sobre este particular, que lo mas comun es el que la parte agraviada se queja á S. M. por medio de un memorial, el que remitido á consulta del Consejo, unas veces se ha hecho esta por la Sala primera de gobierno, y otras por las tres de Mil y quinientas, y en vista de lo que ha espuesto el Consejo se han estimado ó negado los recursos.

En las Audiencias de América no tienen éstas facultades para declarar, directa ó indirectamente, si há lugar al grado de segunda suplicacion en otro algun caso que en el de constar de los autos claramente que el valor ó cantidad de la causa litigiosa no llega á ocho mil ducados que requiere la ley para la admision de aquel recurso estraordinario (1), debiendo aun entonces mandarse remitir el proceso original al Consejo, quedando copia autorizada de él, á costa del suplicante, en la Audiencia, y citando á las partes para que prosigan su justicia.

Admitido el recurso, ó lo que es lo mismo, declarado *haber lugar al grado de segunda suplicacion*, mandando librar la certificacion para presentarse á S. M. por el Escribano de Cámara actuario del pleito, se entrega ésta á la parte, la cual lo hace á cualquier Escribano Notario de los Reinos, quien se

embarazo de su jurisdiccion y conocimento, segun comprueban (se citan) varios autores, sale por consecuencia necesaria el conocimiento que corresponde al Consejo sobre el auto de las Chancillerías ó Audiencias en que no admiten la segunda suplicacion, ni dan á la parte que la interpone el testimonio competente. De otro modo vendria á ponerse en arbitrio de las Chancillerías y Audiencias impedir la segunda suplicacion, y defraudar al Rey y al Consejo de la autoridad y conocimiento en las causas que por sus calidades puedan recibirla y admitirla, quedando consentido el agravio que hiciesen aquellos tribunales en la denegacion de dicho recurso. *Señor Conde de la Cañada. Instituc pract. p. 3. cap. 4. num. 63.*

(1) Ley 6. tit. 13. lib. 5. de la Recop.

presenta al Secretario de la Real estampilla (aunque en esto hay alguna variacion en el dia), y en su vista se le señala el dia y hora en que puede presentarse á S. M., y en él hace la notificacion (1) estendiendo la diligencia á continuacion del testimonio ó certificacion.

Practicada esta diligencia, el suplicante solicita en la Real Cámara, por medio de un memorial, se despache la correspondiente cédula de comision, la cual, con el testimonio y poder especial, se presenta al Consejo pretendiendo que á consecuencia de lo que se ordena en ella, se manden librar los competentes despachos de emplazamiento (2), y para que el Escribano de Cámara de la Chancillería ó Audiencia ante quien ha pasado el pleito remita los autos originales de él. Y por decreto del Consejo pleno se manda cumplir la cédula de comision y que pase á la Sala de Mil y quinientas, donde se hace presente y se acuerda la espedicion de los despachos que se piden de remision de autos y emplazamiento.

Una ley recopilada (3) ordena que el grado de segunda suplicacion se determine por los mismos autos sin recibir escrito ni peticion, y sin dar lugar á otras nuevas alegaciones y probanzas, ni escrituras, ni dilaciones, ni pedimentos por via de restitucion, ni en otra manera alguna; y que estas causas sean vistas y determinadas antes y primero que otros procesos algunos, de cualquiera calidad que sean, sin embargo de las ordenanzas, ni de otra cualquiera carta cédula para que se vea algun negocio antes que otro alguno; y que lo que en el dicho

(1) El tenor de la notificacion á S. M. es el siguiente: *Estando en el Palacio Real de Madrid, ó del Sitio tal* (donde sea), *á tantos de tal mes y año, yo F. N. Escribano de S. M. público en sus reinos y señoríos, precedidos los oficios y formalidades que se requieren y son necesarios para semejantes actos, habiéndome franqueado la entrada en el cuarto del Rey N. S. D. Fernando* VII, *con la mas reverente veneracion y respeto hice notoria á la Persona de S. M.* (que Dios guarde) *la segunda suplicacion y recurso introducido por parte de D. Fulano de tal; y enterado de todo S. M. se dignó responder* lo oia, *hallándose presentes como testigos los Excmos. Sres. Duques de tal* (se nombran tres) *y otros diferentes Señores; en fe de lo cual, yo el Escribano lo signo y firmo.* (En general no hay ya costumbre de signar, sino firmar.)

(2) Esto es cuando los autos se hallan en la Chancillería ó Audiencia, y no en el Consejo; pues en este caso no es necesario librar despacho alguno.

(3) Es la 7. tit. 22. lib. 11. de la Novis. Recop.

grado se sentenciáre, se ejecute, sea la sentencia confirmatoria ó revocatoria, en todo ó en parte, añadiéndola ó menguándola.

Sin embargo de esta ley, que repele toda nueva probanza en el grado de segunda suplicacion con la fianza de las mil quinientas doblas, dice Escolano, ha habido ejemplares de que hallándose ya los autos del grado en el Consejo, si alguna de las partes ha encontrado á este tiempo algunos documentos tales que hagan variar enteramente el concepto y justicia del negocio, ocurre á S. M., y presentándolos con un memorial jurando haber llegado ahora á su noticia, pide se sirva mandar que se admitan y vuelva á ver el negocio; lo cual se ha remitido á consulta del Consejo, y en vista de la que ha hecho, se ha resuelto que se admitan y devuelvan con los autos á la Chancillería ó Audiencia donde han venido para que se vuelva á ver el negocio de nuevo.

Venidos los autos, si las partes quieren tomarlos para que sus Abogados se instruyan, lo pretenden por pedimento firmado de Procurador, con poder competente; y dada cuenta en la Sala ordinaria de Mil y quinientas, se decreta lo siguiente: *Madrid &c.=Entréguensele los autos por el término ordinario, para solo el fin de que se imponga su Abogado.*

Se entregan los autos al Procurador bajo de recibo: si dentro de tres dias despues no los devuelve, se le apremia; y si pide término, ha de venir firmado de Letrado. Se concede ó niega segun y en los términos que dejamos espuesto tratando del recurso de apelacion, siguiendo los mismos trámites que éste hasta el señalamiento para la vista.

Señalado dia para sentenciarse el pleito, concurren para votarle los mismos señores que le vieron, que no pueden ser menos de nueve (1), escepto si ocurriese que despues de visto el pleito por solo el número de nueve, y antes de votarse, se hubiese muerto, impedido ó ausentado de estos Reinos alguno ó algunos de ellos; pues en este caso lo pueden votar los que queden como á lo menos sean cinco; sin que sea necesario el consentimiento de las partes, ni darles traslado como se hacia en lo antiguo (2).

(1) Nota 3. tit. 24. lib. 11. de la Novis. Recop.
(2) Ley 8. tit. 8. lib. 4. id.

Pero si ocurriese el caso, como suele suceder, de no haber sentencia por razon de discordia, esta se dirime por tres señores Ministros que debe nombrar el señor Presidente ó Gobernador del Consejo (1), y para ello se le presenta memorial por cualquiera de las partes del pleito, espresando las calidades y circunstancias de él, y que habiéndose visto tal dia por los señores de tal Sala, salió en discordia, concluyendo con la súplica de que para que se dirima, se sirva nombrar los tres señores Ministros que fuesen de su agrado, conforme á lo dispuesto por el auto acordado. El nombramiento se pone al márgen del memorial, el cual se pasa original por la Secretaría de la Presidencia á la Escribanía de Cámara originaria del pleito, y por esta los avisos correspondientes á los señores nombrados, y el espediente al Relator; en cuyo estado puede cualquiera de las partes pedir señalamiento de dia para que lo vean los señores nombrados, á quienes se hace presente, y con el señalamiento se practíca lo mismo que con el anterior.

Como los Jueces nombrados suelen ser de distintas Salas, se hacen estas vistas despues de la Audiencia en una de las del Consejo; y en teniéndolo visto se debe presentar otro pedimento solicitando señalamiento de dia para el voto, del cual se da cuenta en la Sala de tenutas á la primera hora de audiencia; y señalado dia, se pasa el aviso correspondiente á los señores Ministros que lo vieron y no se hallaron al señalamiento, y despues se lleva al Relator.

En el dia señalado se juntan en la Sala de Mil y quinientas y se procede á su votacion y sentencia, que estiende el Relator en papel del sello cuarto á lo ancho (2).

De esta sentencia no hay recurso ni suplicacion alguna; por lo cual no se notifica á las partes; y si se confirma la de revista de la Chancillería ó Audiencia, se devuelven á ella los autos para que haga despachar la ejecutoria; mas si se revoca, se quedan en el Consejo y este la espide (3).

Si la sentencia de revista se confirma en lo principal, aun-

(1) Not. 3. tit. 24. lib. 11. de la Novis. Recop.
(2) Todo cuanto dejo espuesto hasta aqui en cuanto á práctica es del señor Escolano en las pág. 100. 101. 103. y 104. de su Práctica del Consejo.
(3) Auto acordado de 24. de Marzo de 1773.

que se revoque ó enmiende en algun artículo accesorio, no se liberta el suplicante de pagar las mil y quinientas doblas, escepto si este artículo fuere de tal importancia y valor que de él pudiera haberse suplicado (1).

Resta decir para concluir esta materia, que admitido el recurso de segunda suplicacion, no siendo conformes las dos sentencias de *vista* y *revista*, debe esta última suspenderse; pero si lo fueren, se han de ejecutar sin embargo de la segunda suplicacion, dando primero la parte, á cuyo favor se sentenció, fianzas abonadas de que si se revocase la sentencia de *revista* restituirá á la parte contraria el principal y los frutos percibidos (2).

La segunda suplicacion no tiene lugar en las causas criminales (3); pero si en ellas se tratase tambien por incidencia de alguna pecuniaria aplicable á una persona particular, y que llegue á la cantidad que se exige para que haya lugar á este recurso, debe admitirse solo en lo respectivo á dicha pena ó cantidad.

Antes solo se admitia el recurso de segunda suplicacion en el supremo Consejo de Castilla, pero en el dia, por Real cédula de diez de Mayo de mil setecientos noventa y siete, que es la *ley 4. tit. 23. lib. 11. de la Novis. Recop.* dicho recurso y el de injusticia notoria de que vamos á hablar, se admiten tambien en el Consejo supremo de la Guerra.

DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA.

Este recurso tiene mucha analogía con el anterior, y por lo mismo parece oportuno esplicarle.

Segun el espíritu del auto acordado que le estableció, dice el señor Gomez Negro (4), parece que solo deberia llamarse *injusticia notoria* la evidente alteracion del órden judicial; pero los autores enseñan por notoria injusticia toda sentencia dada contra ley terminante, ó contra su recta aplicacion ó in-

(1) Ley. 7. y 10. tit. 22. lib. 11. de la Novis. Recop.
(2) Ley 18. tit. 22. lib. 11. de la Novis. Recop.
(3) Ley 13. del mismo tit. y lib.
(4) Elementos de práctica forense, edicion en octavo, pág. 192.

terpretacion á los casos que ocurren cuando esta falta resulta evidentemente del proceso.

Este es un recurso estraordinario y subsidiario (*in subsidium*) establecido para en los casos que no tiene lugar otro, al menos segun está admitido, y debe por consiguiente usarse cuando recayendo la injusticia sobre el fondo de la cuestion sin haberse conseguido su reparacion en la *revista*, no tiene lugar el de segunda suplicacion, con tal que la causa se haya principiado en la Audiencia ó Chancillería; pues si no se ha principiado en ella, habrán recaido tres sentencias conformes que ya causan ejecutoria. Tambien deberia admitirse conforme á estos principios en las causas criminales; mas como estan privativamente reservadas á las Salas del Crímen, parece que no puede tener lugar en ellas.

En general este recurso tiene lugar siempre que la injusticia resulta notoriamente ó se palpa, por decirlo asi, de los autos, ya por ser contra ley terminante, ya por algun requisito esencial, como el faltar las citaciones á las partes, ó no tener poder los Procuradores, ó ya en fin por carecer ó haberse omitido alguna solemnidad sustancial del juicio; pues en estos casos, aunque haya tres sentencias conformes, se suspende su ejecucion hasta que se sustancie y determine este recurso.

Hay varios casos en que no es admisible, á saber: Primero: cuando la última determinacion de la causa corresponde por las leyes del Reino á la Sala de Mil y quinientas en grado de segunda suplicacion (1). Segundo: en los juicios posesorios de cualquiera calidad y entidad que sean. Tercero: de las sentencias interlocutorias, á no ser que tengan fuerza de definitivas, ó que fuesen de aquellas que causan perjuicio irreparable. Cuarto: de las sentencias de *vista* mandadas ejecutar sin embargo de súplica; á menos que habiendo pedido alguna de las partes licencia para suplicar se le hubiese denegado, pues en este caso, justificada la denegacion, se instruye y admite este recurso en el Consejo (2).

Para introducirle no hay término fijo, y por lo mismo parece puede hacerse en cualquier tiempo; pero no obstante, por

(1) Ley 1. tit. 23. lib. 11. de la Novis. Recop.
(2) Ley 2. tit. 23. lib. 11. de la Novis. Recop.

la analogía que, como hemos dicho en el principio, tiene con el de segunda suplicacion, podria fijarsele el de cuarenta dias, ó de sesenta como al de nulidad.

La práctica de introducir el recurso de injusticia notoria, segun el señor Escolano, es el siguiente. Ha de acudirse al Consejo con poder especial para ello, que se presenta con un pedimento del tenor siguiente: *M. P. S.*=*F. N. á nombre y en virtud de poder especial que presento de N., ante V. A. parezco y digo: Que mi parte ha seguido pleito en la Chancillería ó Audiencia de tal parte* (ó en el mismo Consejo) *contra F. sobre tal cosa, en el cual se pronunció sentencia de revista en tantos, que es notoriamente injusta y muy gravosa á mi parte* (hablando con el respeto debido) *por las razones que á su debido tiempo se espondrán; y para poder introducir el recurso correspondiente con arreglo á derecho y á las órdenes del Consejo:*=*A V. A. suplico que habiendo por presentado el poder, se sirva mandar comunicar la competente órden al señor Subdelegado general de Penas de Cámara para que disponga que por la Contaduría de estas se admita el depósito que estoy pronto á hacer de los quinientos ducados prevenidos por el auto acordado, dándome de ello la certificacion acostumbrada á fin de formalizar el recurso de injusticia notoria que se ha insinuado; pues asi es conforme á justicia que pido, juro &c.*

De este pedimento se da cuenta en la Sala segunda de Gobierno, y se provee decreto en estos términos: *Madrid &c.*=*Esta parte deposite en la Receptoría general de Penas de Cámara y gastos de Justicia del Consejo los quinientos ducados en la conformidad que está mandado por punto general; á cuyo fin se participe al señor Subdelegado general de dichos efectos para que disponga su percibo, y que de ello se dé á esta parte la certificacion correspondiente para el fin que pide.*

Con efecto, se pasa á dicho señor Subdelegado el aviso ú oficio oportuno para el percibo de los quinientos ducados y demas que espresa el anterior decreto; cuyo aviso se entrega al mismo interesado, quien se presenta con él al señor Subdelegado, y con la certificacion que le da el Contador de gastos de Justicia y depósitos del Consejo de quedar hecho el de los quinientos ducados, introduce el recurso por medio de

pedimento, del cual se da cuenta en la misma Sala segunda de Gobierno.

Esto que dejamos dicho y formulario estendido, es cuando se introduce el recurso de injusticia notoria en el Consejo, y de sentencia de *vista* ó *revista* del mismo supremo tribunal; pues cuando se hace de las Chancillerías ó Audiencias, el pedimento que se presenta en el Consejo con el poder y testimonio del depósito hecho de los quinientos ducados ó de la fianza ó caucion, es del tenor siguiente: *M. P. S.=F. en nombre de F. vecino de tal parte, de quien presento poder especial, ante V. A. por el recurso de injusticia notoria, ó por el que mas haya lugar en derecho, digo: Que mi parte ha seguido pleito ante el Presidente y algunos de vuestros Oidores de tal Chancillería ó Audiencia, sobre tal cosa, y en él se pronunció sentencia en tantos, mandando* (lo que sea); *y aunque á mi parte se la admitió la apelacion que interpuso de ella, se la condenó por sentencia de vista y revista á tal cosa; cuya sentencia y demas providencias* (hablando con el respeto debido) *irrogan un notorio agravio á mi parte, y envuelven injusticia notoria, y para poderlo hacer ver en el Consejo, cumpliendo con los Reales decretos, presento testimonio del depósito de quinientos ducados ó de la fianza* (y si es pobre, que como á tal se la ha mandado defender; despues de la cláusula *cumpliendo con los Reales decretos*, se dirá: *está pronto mi parte á otorgar caucion juratoria de satisfacer los quinientos ducados luego que venga á mejor fortuna*). *Por tanto:=A V. A suplico que habiendo por presentados el poder y testimonio, y á mi parte en este recurso, se sirva librar Real provision para que la Chancillería remita los autos al Consejo, y vistos, declarar que la espresada sentencia es injusta notoriamente, revocándola en su consecuencia, y declarando aquello ú lo otro; pues asi es conforme á justicia que pido, costas, juro &c.*

El decreto que recae á este escrito es el siguiente: *Madrid &c.=Por presentados el poder y testimonio, informe la Chancillería ó Audiencia con copia de autos, y emplácese á los interesados.*

Si es para Chancillería se libra Real cédula firmada por S. M., y si es Audiencia, provision de los señores del Consejo.

Para introducirse el recurso se puede tambien presentar

fianza de los quinientos ducados como previene el auto acordado; y en este caso se escusa el primer pedimento y diligencias que le subsiguen.

Tambien se introduce el recurso de injusticia notoria en los Consejos supremos de la Guerra y de las Indias de las sentencias de los Consulados de España (1), para lo cual se presenta el pedimento siguiente: *Señor* (si es para el Consejo supremo de la Guerra que tiene tratamiento de Magestad como que el Rey es su Presidente): *F. N. á nombre de F. N. vecino de la ciudad* (de donde sea), *en virtud de poder que presento, ante V. M. por el recurso de injusticia notoria, ó por el que sea mas conforme á derecho, me presento y digo: Que mi parte ha seguido pleito ante el Prior y Consules de la ciudad de tal parte, contra F. sobre el pago de tanta cantidad* (ó lo que sea), *en el que se dió sentencia en tantos mandando* (lo que fuese); *y aunque se admitió á mi parte la apelacion que interpuso de ella, habiendo pasado los autos, con arreglo á sus ordenanzas, al Juez de Alzadas para determinarlos con los dos adjuntos, por su sentencia de tantos confirmó la que pronunció en tantos el mencionado tribunal Consular: en cuya atencion, y en la de que dicha sentencia* (hablando debidamente) *hace una injusticia notoria á mi parte, para poderla manifestar asi al Consejo, cumpliendo con lo que dispone el Real decreto, presento testimonio del depósito de mil ducados* (ó quinientos si no fuese causa de Consulado), *ó de la fianza de ellos.* Si es pobre se pondrá la cláusula del pedimento anterior: *Por tanto:=A V. M. suplico que habiendo por presentados el poder y testimonio y á mi parte en dicho recurso, se sirva espedir Real despacho para que el Consulado remita los autos al Consejo, y en su vista declarar que la referida sentencia es notoriamente injusta, revocándola en su consecuencia, y mandan-*

(1) En el Consejo de la Guerra se admite de cualesquiera otras causas como en el de Castilla; esto es, siendo causas de su fuero y jurisdiccion militar falladas en *revista* en sus Salas de Justicia. Las causas seguidas ante los Consulados, y que vienen en apelacion al Consejo supremo de la Guerra, gozan del fuero de estrangería, como que son regularmente entre estrangeros transeuntes; y si en ellas se introduce recurso de injusticia notoria, tienen que depositar mil ducados de vellon en vez de los quinientos, segun el artículo 16 de la Real cédula de 10 de Mayo de 1797, que es la ley 4. tit. 23. lib. 11. de la Novis. Recop.

do (lo que sea); *pues asi es conforme á justicia que pido, con cóstas, juro &c.*

Venida la compulsa de autos y el informe, piden las partes se les entreguen, á fin solo de que sus Abogados defensores se instruyan; y con efecto solo para este objeto se les mandan entregar, pues ya hemos dicho antes que en esta clase de recursos, que se llaman *estraordinarios*, no se puede alegar ni presentar documentos algunos, pues que se ven y determinan como vienen.

Tomados los autos por las partes, esto es, por sus Procuradores, y devueltos, se pone decreto de que pasen al Relator, y se lleva la pieza corriente á la Secretaría de la Presidencia para que se encomiende á uno de los tres de las Salas de Gobierno (esto es con respecto al Consejo supremo de Castilla, pues en el de la Guerra se lleva el libro de encomiendas á la Sala de Justicia, y el señor Ministro á quien corresponde hace la encomienda al Relator que está en turno). Encomendado y señalado Relator, se le pasan inmediatamente los autos; y luego que tiene hecho el apuntamiento ó memorial ajustado, piden las partes y se señala dia para su vista, en el cual pueden pedir licencia para escribir en derecho (1), cuya peticion

(1) Cuando los pleitos son de grave entidad, las partes suelen pedir que se imprima el apuntamiento y licencia para escribir en derecho. Para verificarse lo pimero, suelen solicitar ambas partes, bajo de un mismo escrito, que se coteje dicho apuntamiento é imprima; y dada cuenta á la Sala, si ésta defiere, el decreto pasa al Relator, quien señala dia para el cotejo; y hecho saber á las partes, con su citacion, se verifica. Si una ó todas quieren escribir en derecho, lo pretenden por medio de pedimento, haciéndose presente el dia del señalamiento del pleito antes de empezarse la relacion de él: si ésta no se acaba en el mismo dia, pone el Relator el auto siguiente: *Empezado á ver por los señores del márgen:* y otro igual todos los dias hasta el en que se concluya, que pone: *Visto &c.* Si se accede á la peticion de escribir en derecho, se pone el auto que se refiere en el texto: se notifica á los Procuradores de las partes, y no pueden imprimirse los papeles sin licencia del Consejo, quien manda los reconozca é informe sobre ellos el Relator del pleito, para evitar de este modo que contengan sátiras y cláusulas denigrativas contra el honor de ninguna persona: verificado el informe, no hallándose reparo alguno, se espide certificacion por la Escribanía de Cámara, en la que consta la licencia del Consejo para la impresion; cuya certificacion y papeles se entregan á las partes para que los impriman, y verificado esto vuelven al Relator, quien los examina con detencion para ver si estan conformes á los hechos ó hay alguna variacion: si lo estan, pone al fin de los alegatos en

se hace presente antes de empezarse la relacion del pleito, y cuando este por sus circunstancias lo requiere, se concede dicha licencia poniendo el Relator el auto en esta forma: *Visto, y se concede licencia para que las partes escriban en derecho con arreglo al auto acordado y por el término de dos meses, el cual pasado, presentados ó no los papeles, dése cuenta para señalar dia para el voto. Madrid &c.*

Este auto se notifica al punto á los Procuradores de las partes para que corra el término, y despues de él se reparten los papeles impresos á los señores Ministros que vieron el pleito, y se señala dia para el voto.

La sentencia declarando haber lugar al recurso de injusticia notoria está concebida en estos términos: *Há lugar al recurso de injusticia notoria introducido por don F. N., y en su consecuencia devuélvansele los quinientos ducados* (ó mil) *que depositó en la Receptoría de penas de Cámara, ó cancélese la fianza.*

En caso de no tener lugar dicho recurso la sentecia es: *No há lugar al recurso de injusticia notoria que ha introducido don N., y en su consecuencia se le condena en los quinientos ducados que tiene depositados ó afianzados, los que se distribuyan como previene el auto acordado. Madrid &c.*

Hasta estos límites puede llegar, aunque no muy frecuentemente, un pleito en Juicio ordinario, y por lo mismo me pareció poner esta adicion con objeto de que quedase completo, como en efecto lo queda, y el de ahorrar obras voluminosas y costosas que no todos pueden adquirir.

Otros varios recursos hay de que podria hacer otro tanto; tales son los recursos de *fuerza*, de *millones*, de *nuevos diezmos &c.*; pero ademas de que no son muy comunes, no son tampoco de la naturaleza de esta obrita, particularmente el primero, cuando el señor Conde de la Cañada en sus *Institu-*

derecho esta nota: *Está conforme á los hechos*, y lo rubrica: si hay alguna variacion, pone notas en cada una de ellas, aclarando ó rectificando los hechos, y al fin de la alegacion pone la siguiente: *Con las notas puestas al márgen está conforme á los hechos*; haciendo lo mismo en todos los egemplares que debe entregar á los señores Ministros con otros del memorial ajustado. Y verificado todo asi, se señala dia para la vista del pleito, y se ve.

ciones prácticas, tomo segundo, el señor Covarrubias y otros ilustres autores de nuestro foro, los han tratado tan bien, que apenas han dejado (ó efectivamente nada han dejado) que decir, y el estractar sus hermosas obras seria hacer ésta muy voluminosa, lo que no es mi objeto, y dejar por decir muchas cosas esenciales, por lo cual lo omito.

Fin del Juicio ordinario.

PARTE SEGUNDA.

DE LOS JUICIOS CIVILES,

Sumario, y Ordinario de Particion.

1 En el cotidiano asunto de inventarios, particiones é hijuelas del respectivo ha de haber de cada heredero ó interesado, ocurren en la práctica diferentes casos á que corresponden diversos juicios y acciones para su sustanciacion legítima y determinacion conforme á derecho. El primero acontece cuando fallece un padre comun dejando hijos menores, y por la Justicia se procede de oficio al inventario, cuenta y particion. El segundo, cuando por un coheredero (que no está en posesion de la herencia ó parte de ella) se pide la division, y por los demas se le niega la cualidad y concepto de tal heredero. El tercero, cuando un estraño, sin otro título hábil para la translacion del dominio que el desnudo de *prò hærede*, está poseyendo alguna cosa hereditaria ó toda la herencia. El cuarto, cuando un tercero posee la herencia ó parte de ella mediante justo título y hábil para la translacion del dominio, v. gr. el de venta. Y el quinto, cuando los herederos son dos, tres &c., y uno ó dos de ellos estan poseyendo la herencia treinta años despues de haber fallecido el padre comun, y afirman estos poseedores que ya se hizo particion y les correspondió los bienes que poseen.

2 En el primer caso el juicio es breve y sumario (1),

(1) Ley 3. tit. 2. part. 6. ley 3. tit. 1. lib. 4. Recop. (*que es la misma de dicho tit. y lib. de la Novis.*) leg. fin. Cod. De edicto divi Adriani tollendo, ley 2. tit. 4. lib. 5. Recop. (*ó 2. tit. 18. lib. 10. de la Novis.*) et 3. Tauri.

correspondiendo en él á los interesados la accion *familiæ erciscundæ*, cuyo ingreso y breve sustanciacion es en esta forma. Difunto el padre comun con testamento, si es cerrado ó *in scriptis* (que es cuando el testador con propia ó agena mano escribió su última voluntad, y cerrada la entregó á un Escribano á presencia de siete testigos idóneos, manifestando ser su testamento y última voluntad el contenido del pliego que entregaba, firmando en su cubierta todos los testigos, Escribano y otorgante), manda el Juez por su auto de oficio, ó á instancia de algun albacea ó interesado presuntivo, que *mediante á haber fallecido N. bajo disposicion* in scriptis *con hijos menores, desde luego, para proveer en justicia, comparezcan los testigos, ó su mayor parte, á quienes, conforme á derecho, se les reciba sus declaraciones, preguntándoles si el testador murió en su cabal juicio, si ante ellos y el presente Escribano dijo que el que entregaba cerrado y se hallaba con sus firmas era su testamento, y que las reconozcan por suyas.*

3 Puestas en limpio estas declaraciones (1) contestes en aquellos tres particulares, en su vista provee el Juez segundo auto mandando se abra el testamento, y declarando por instrumento público aquella disposicion, interponiéndole su autoridad y judicial decreto, mandando tambien se protocole y ponga en autos copia fe-haciente, y que se pase á formar inventario.

4 Si el testador hubiese hecho testamento abierto ó *nuncupativo* (2) (y es cuando se otorga por ante Escribano y tres testigos), manda el Juez se ponga copia testimoniada y se pase á formar inventario; y en uno y otro caso, inmediatamente al fallecimiento, pasa el Juez, ó con su comision el Alguacil mayor de la Audiencia acompañado del Escribano, y recoge las llaves, dejando en custodia aquellos efectos y cantidades que podian ocultarse en perjuicio de los menores; y pasados nueve dias al fallecimiento del padre comun, si los menores pasan de la edad de catorce años, ó doce segun la diferencia ya notada, nombran curador *ad litem*, y si no llegan á es-

(1) Ley 3. tit. 2. part. 6.

(2) Leg. Tutores, Cod. De administ. tut. ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. (*ó 1. tit. 18. lib. 10. de la Novis.*) Ayora de Part. part. 1. cap. 2. argum. ex leg. 5. tit. 7. part. 6. et ejus glos. per Greg. Lop.

ta edad, les provee el Juez de curador, nombrándose en ambos casos un Procurador de la Audiencia, y con su citacion (aceptado y discernido su encargo), la de la viuda ó viudo y demas interesados, se forma inventario de todos los bienes y papeles que se encuentren en la casa y por caudal del difunto, con espresion de linderos, número, peso, medida y fechas, firmándolo el Juez, Curador y Escribano.

5 Los bienes asi inventariados deben ponerse en depósito; y es muy conveniente que el depositario sea persona desinteresada en la testamentaría, para evitar los conocidos graves perjuicios que tocamos en la práctica cuando los bienes inventariados quedan en poder de la viuda ó cónyuge superstite ú otro interesado, quienes como los disfrutan, olvidan el principal giro de la particion, suscitando disputas y artículos, cuya sustanciacion eterniza en grave daño de los menores estos juicios.

6 Finalizado el inventario y depositados los bienes de la testamentaría (1), se recibe declaracion jurada á la viuda y principales asistentes, preguntándoles si ademas de los inventariados hay otros bienes, efectos ó créditos pertenecientes al difunto: y lo mismo deberá practicarse cuando el inventario se hace por algun heredero; y declarándolos, se ponen por mas inventario.

7 En vista manda el Juez comunicar traslado al Curador *ad litem* de los menores (2), cuyo Abogado registra con el mayor cuidado todas las diligencias practicadas é inventario, atendiendo si faltan en él algunos bienes que incluir ó diligencia que practicar; y formado prudente concepto de estar íntegro el inventario, se presenta un corto pedimento de este tenor: *N. Curador* ad litem *de N. y N. hijos menores y herederos de N. &c., digo: Que por auto de tal dia se me han entregado los de este inventario y testamentaría, en cuyo estado corresponde se aprecien los bienes por perítos inteligentes, á cuyo efecto nombro por lo respectivo á obra á N. para la carpintería, á N. por lo perteneciente á herrería, y para la plata*

(1) Ayora ibidem, num. 22. ley 5. tit. 6. part. 6.
(2) Ley 10. tit. 15. part. 6. leg. Hac edictali, §. His dud. adjungimus, Cod. De secund. nupt. ley 3. Cod. Comm. divid.

á N., todos maestros veedores en sus respectivas artes y oficios elegidos por esta ciudad ó villa; por tanto:=A V. suplico que habiéndolos por nombrados, se sirva mandar se les notifique y haga saber este nombramiento, y que, precedida su aceptacion y juramento, pasen al reconocimiento y justiprecio de dichos bienes, declarando bajo juramento su valor; pues asi es justicia &c.

8 De este escrito se da traslado á la viuda y demas interesados (1) para que dentro de tercero dia se conformen con estos perítos ó nombren otros, con apercibimiento que pasado dicho término se nombrarán de oficio. De esta diligencia, costas y retardacion se librarán las partes, siempre que el Curador, viuda é interesados vengan en un pedimento conformes nombrando apreciadores ó contadores en su caso.

9 Ejecutada en una ú otra forma, puestas en autos las declaraciones de los respectivos perítos con espresion del valor de cada cosa por menor (2), manda el Juez por su auto se entreguen los de inventario al curador, y entonces registra el Abogado los bienes inventariados y su precio, tanto por si faltase alguno por justipreciar, cuanto para en el caso de no corresponder los valores á los bienes; y dada informacion del defecto, pedir segundo justiprecio, que deberá hacerse en compañía de los demas veedores.

10 Vistos los aprecios conforme al valor intrínseco público de los bienes, se forma un corto pedimento de este tenor (3): *Digo: Que por auto proveido en tal dia se me ha dado traslado de los aprecios hechos á los bienes de esta testamentaría, en cuyos términos corresponde al estado de la causa pasen los autos á Contador, y que arreglado al testamento y aprecios, forme la particion y respectivas hijuelas, á cuyo efecto nombro á N. Contador de esta ciudad; por tanto:=A V. suplico que habiéndole por nombrado, se sirva mandar notificar y hacerle saber este nombramiento, y que precedida su aceptacion y juramento, pasen* (tasadas las costas) *á su poder los autos para que practíque esta particion, todo á conformidad de justicia &c.*

(1) Dicha ley 10.
(2) Argum. ex eisdem, ley 10. tit. 15. part. 6. 3. Cod. Comm. div. et 6. §. His dud. adjungimus, Cod. De secund. nupt. Ayora part. 1. cap. 4. num. 6.
(3) Ayora part. 1. cap. 4.

11 De este pedimento manda el Juez comunicar traslado á la viuda y demas interesados (1) para que en el término de tercero dia se conformen con el Contador nombrado, ó nombren por su parte otro; con apercibimiento que pasado este término sin haberlo ejecutado, se nombrará de oficio.

12 Conformes Curador y demas interesados en el Contador, ó nombrado por la Justicia de oficio (2), pasa á su poder los autos el Escribano originario; y vistos por el Contador, forma la cuenta, particion y adjudicacion de la herencia, haciendo á cada interesado su respectiva hijuela del correspondiente *ha de haber*, y su adjudicacion, y no deberá estenderse á declarar ni decidir los puntos ni dudas de derecho, pues estas deben venir determinadas por la Justicia, ó consultarlas para que las decida.

13 Asi hecho, la devuelve por ante el mismo Escribano originario á la Justicia (3), y manda el Juez dar traslado á las partes; y si alguna se siente agraviada en la particion, deduce por pedimento su agravio, de que se comunica traslado á los demas interesados; y en vista, si el punto fuese de derecho, se determina la disputa declarando el agravio si le hubiese, ó aprobando la particion. Si el punto fuese de hecho, se recibe la causa á prueba, sustanciándose segun queda notado en el Juicio ordinario; y en ambos casos de la sentencia definitiva (si se apelase) es admisible el recurso en ambos efectos.

14 Si los interesados estuviesen conformes en la particion (4), se aprueba por el Juez, interponiendo su autoridad y judicial decreto, mandando se protocole en el oficio del Escribano originario, y dé á las partes (como títulos de su pertenencia) los testimonios ó copias autorizadas que pidan de sus respectivas hijuelas.

15 En el giro y progreso de este Juicio de inventario y particion (5), como deducido en virtud de la ejecutiva accion

(1) Ayora ibidem, num. 14.
(2) Ayora part. 3. quæst. 5. arg. ex leg. 50. tit. 5. lib. 2. Recop.
(3) Ayora part. 1. cap. 4. num. 15.
(4) Ley 2. Cod. De jure fisci. Ayora ibidem, part. 1. cap. 4.
(5) Ley 7. Cod. Quorum appellat. ley 2. ff. de Appellat. recip. et ejus glos. Ubi legit. imo non potest ab interlocut. appellari. Ayora part. 1. cap. 5. à num. 7. usq. ad 9.

familiæ erciscundæ, todos cuantos artículos ó incidentes ocurran respectivos á inventarios, perítos, Contador &c., son de igual naturaleza, y por lo mismo las apelaciones de sus autos no deben admitirse en otro efecto que el devolutivo, asi por no eternizar estos juicios, como porque siendo autos interlocutorios no son apelables antes de la definitiva, la que como (segun queda notado) recae en vista de la deduccion de agravios, se repararán por la sentencia, y sino, interpuesta de ella apelacion, es admisible en ambos efectos.

16 No solo es ejecutiva la accion citada para partir y dividir la herencia (1), sino tambien por su virtud y eficaz mérito se debe reintegrar y restituir á los herederos en la posesion de todos los bienes que el difunto poseyese al tiempo de su muerte: y por esto, si acaso al tiempo del fallecimiento los poseyese un tercero, ó posteriormente mostrase título ó prescripcion legal, aunque el difunto sea verdadero dueño, no há lugar al reintegro y restitucion dicha, y sí deberán los herederos usar de su derecho en el correspondiente Juicio ordinario segun los casos que ocurran, que algunos, segun nuestra cortedad, anotarémos.

17 Igual interdicto y remedios breves y sumarios que la ley Real concede al heredero (2), corresponde al mejorado en tercio y quinto, ó solamente en tercio ó en quinto.

CASO SEGUNDO.

18 En el segundo caso, de negarle al heredero (3) que pide la particion (no estando en posesion de la herencia ó parte de ella) la cualidad de tal, no corresponde para su legítimo recurso intentar el Juicio sumario de inventario, y sí deberá proponer, mediante la peticion de herencia, demanda en Juicio ordinario pidiendo se le declare por heredero, y seguirá la causa los términos regulares prescritos en el Juicio ordinario.

19 Pronunciada la sentencia definitiva en que se declaró al

(1) Parlad. lib. 2. cap. 5. idem. part. 1. cap. fin. §. 9. num. 8. ley. 2. y 3. tit. 14. part. 6.

(2) Ley 5. tit. 6. lib. 4. Recop. (*ó 9. tit. 11. lib. 11. de la Novis.*)

(3) Ley 1. ff. Familiæ erciscundæ. Ayora part. 1. cap. 5. num. 4. y 5.

actor por heredero, y ejecutoriada, ó bien por decision superior (1), ó por pasada en autoridad de cosa juzgada, entonces ya rectamente puede y debe intentarse el Juicio ejecutivo de inventario, cuenta y particion á continuacion, si se quisiese, de la causa, ó bien con testimonio de sus necesarios insertos en que se haga constar la demanda, sentencia y demas actuado en el Juicio ordinario.

CASO TERCERO.

20 En el tercer caso de estar poseyendo un estraño parte ó toda la herencia sin otro título legítimo que el de *pro hærede*, no corresponde á los herederos (2) y verdaderos interesados en la herencia para conseguirla el Juicio ejecutivo de inventario, y sí deberán proponer su demanda ordinaria pidiendo se les declare por herederos, y en su consecuencia se compela y apremie á aquel tercero y estraño poseedor á que deje libres y desembarazados los bienes hereditarios que posee, restituyéndolos con todos los frutos, para lo que se tendrá presente si fue poseedor de mala ó buena fe, porque en este caso deberá restituir los puntos en cuanto se hizo mas rico, y en aquel absolutamente, y seguirá la causa por aquellos términos señalados en el Juicio ordinario.

21 Si la sentencia definitiva fuese favorable á los actores (3), y mereciese ejecucion, ya por confirmada en el tribunal superior, ya por pasada en autoridad de cosa juzgada, en este caso se puede y debe intentar justificadamente el Juicio ejecutivo de inventario, ó bien á continuacion de la causa, ó en espediente separado segun queda espuesto.

CASO CUARTO.

22 En el cuarto caso de estar un tercero poseyendo la herencia (4) ó parte de ella mediante justo título y hábil para

(1) Ley 1. ff. Familiæ erciscundæ. Ayora part. 1. cap. 5. num. 4. y 5.
(2) Anton. Gomez in leg. 45. Tauri, num. 153. y 167.
(3) §. 11. 16. y 17. Tertiæ partis judicii execut. infra.
(4) Ant. Gomez ibidem, num. 58. et seq.

la translacion del dominio, como el de venta ú otro semejante, no pueden los herederos para conseguir su estraviada herencia intentar el Juicio de inventario y division, ni el ordinario de pedir la herencia; y sí deberán formar demanda de reivindicacion por el dominio que del difunto se transfirió en los herederos: y seguirá la causa los términos de ordinaria, debiendo en ella probar los actores la cualidad de herederos y el dominio del difunto al tiempo de su muerte en aquellos bienes que con título poseen los terceros y estraños de la herencia.

23 Dada sentencia, si su resolucion definitiva fuese á favor de los herederos, y mereciese ejecucion (1), segun queda notado, se pedirá y propondrá el Juicio ejecutivo de inventario por los términos ya referidos.

CASO QUINTO.

24 En el quinto caso de haber quedado cuatro ó mas herederos (2), y estar solamente uno ó dos de ellos poseyendo por tiempo de treinta años la herencia, afirmando juntamente el que ésta fue ya dividida y partida, no corresponde á los herederos perjudicados para conseguir su respectiva parte de herencia el intentar el Juicio ejecutivo de inventario, el ordinario de peticion de herencia, ni la reivindicacion, y sí deberán proponer demanda ordinaria pidiendo se declare no haberse jamas ejecutado la particion, y seguirá la causa los términos de ordinaria, y en ella deben los actores probar el que jamas percibieron cosa alguna de la herencia, sin embargo que se hallaron presentes al tiempo que falleció el padre comun ó ascendiente, ó probar que el poseedor ó poseedores de la herencia tienen mas bienes que aquel ú aquellos que la intentan pedir, porque con la desigual posesion se quita la presuncion de la division nacida de la posesion anticuada de treinta años.

25 Asimismo es prueba en este caso justificar que el testador no dejó otros bienes (3) que los que disfruta aquel con-

(1) §. 11. 16. y 17. Tertiæ partis infra.
(2) Ley 7. tit. 14. part. 6. Acev. in glos. ad leg. 5. tit. 15. lib. 4. Rec.
(3) Dicha ley 5. ibi: Que no sea partida entre ellos.

tra quien se intenta la demanda, ó reproducir los autos de la testamentaría, donde acontece muchas veces, ya por malicia del poseedor, ya por pobreza del perjudicado ó ausencia, quedar en el estado de inventario ó aprecios sin concluirse el espediente, en cuyas circunstancias y pruebas, aunque hayan cursado treinta ó mas años, deben, á conformidad de la ley del Reino, obtener los actores, y mandarse por resolucion definitiva se efectúe la particion.

26 Al contrario, si los demandantes no justificasen la indivision y comunion (1) de la herencia, ó dudasemos si se practicó ó no, entonces, alegándose por el poseedor demandado que la particion se hizo, que le correspondieron aquellos bienes que posee, y siendo su posesion de treinta años, debe ser absuelto, declarándose no haber lugar á la particion; porque los dos legales estremos de una posesion tan anticuada, y la alegacion de haberse partido los bienes, producen justa y legítima presuncion de haber asi sucedido, arreglando por ella el concepto definitivo siempre que no se pruebe lo contrario.

27 Siendo la sentencia, segun los casos de las pruebas manifestadas, favorable al actor (2) y digna de ejecucion, se intentará el Juicio de inventario con los insertos y en los mismos términos que queda sentado en los Juicios ordinarios ejecutoriados.

(1) Acevedo, ibidem.
(2) §. 11. 16. y 3. part.

PARTE TERCERA.

DEL JUICIO EJECUTIVO.

1 Siendo los instrumentos, sentencias, ejecutoria, recibo reconocido y confesion clara de parte (1), los asuntos que regularmente presentan materia á las ejecuciones y pronto espediente de las cobranzas, es muy conforme á su inteligencia la noticia individual de cada uno de estos documentos.

2 Y principiando por las escrituras, es de advertir que todo instrumento público (que es el otorgado por ante Escribano) (2) trae aparejada ejecucion aunque no tenga cláusula guarentigia, mediante la cual se haya dado poder á las Justicias para que ejecuten la obligacion contenida en el instrumento, lo mismo que si fuese mandado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y con renuncia de la ley *si convenerit*, que son las tres particularidades de la cláusula ó fuerza guarentigia.

3 Asimismo trae preparada ejecucion el instrumento público guarentigio (3), lo propio que el auténtico, aun cuando no sea guarentigio ni público. Y se dice instrumento auténtico todo el que merece entera fe, v. gr. los documentos, títulos y despachos que libran los ilustrísimos Obispos y otros grandes señores autorizados con las correspondientes rúbricas, sellos y demas circunstancias que los acreditan.

(1) Ley. 1. y 5. tit. 21. lib. 4. Recop. (*ó las* 3. *y* 4. *tit.* 28. *lib.* 11. *de la Novis.*)

(2) Ley. 2. y 19. tit. 21. lib. 4. Recop (*ó las* 1. *y* 12. *tit.* 28. *lib.* 11. *de la Novis.*) ley 1. in fine, tit. 18. part. 3. ley: Si convenerit de Jurisdictione omnium judicum.

(3) Ley 114. tit 18. part. 3. ley 2. tit. 21. lib. 4. Recop. (*ó* 1. *tit.* 28. *lib.* 11. *de la Novis.*)

4 Tambien traen aparejada ejecucion en nuestro Reino los instrumentos signados (1) y legalizados que se otorgan fuera de él.

5 En la propia forma merece ejecucion el instrumento, no solo por aquella obligacion espresa de que literalmente habla (2), sino tambien por la tácita, al modo que en los remates judiciales, que siendo en lo espreso un judicial contrato de compra por subasta, comprende tácitamente la obligacion de entregar incontinenti el precio del remate.

6 Igual mérito ejecutivo tiene el instrumento de obligacion á algun hecho de futuro (3), siempre que se verifique el tiempo de la obligacion, sin que sea necesario otro instrumento: y lo mismo sucede en los que se otorgan de futuro prometiendo liberacion de algun debito, ó mejora de tercio ó quinto á algun hijo por titulo oneroso; pues en estas circunstancias, aunque no se haga con efecto la liberacion ó mejora, se tiene por otorgada y hecha en virtud del instrumento de la obligacion de futuro que trae preparada ejecucion.

7 Bajo la razon de instrumento de mérito ejecutivo se comprenden los alcances (4) que resultan judicialmente cuando por peritos calculadores ó Contadores se tiraron las cuentas, y oidas breve y sumariamente las partes en el asunto, determinó el Juez el alcance, ó nombró tercero calculador, en cuya vista confirmó ó revocó el primer cálculo ó alcance, mereciendo esta determinacion breve y sumaria ejecucion sin embargo de apelacion.

8 En la misma forma y con superior razon gozan de igual ejecutivo mérito los Reales despachos (5) espedidos por sus Magestades los señores Reyes, Emperadores y Sumos Pontífices. Es el asunto de este párrafo dar á entender la virtud ejecutiva del régio precepto, dejando su pronta ejecucion á la

(1) Greg. Lop. in glos. final. ad leg. 8. tit. 18. part. 3.

(2) Ley 32. tit. 26. part. 2. Parlad. lib. 2. cap. finali, part. 1. §. 12. ampliat. 4.

(3) Ley 6. tit. 6. lib. 5. Recop. (*ó 6. tit. 6. lib. 10. de la Novis.*) Parlad. ibidem, ampliat. 6. et 7.

(4) Ley 24. tit. 21. lib. 4. Recop. (*ó 5. tit. 17. lib. 11. de la Novis.*) ley 30. tit. 11. part. 5. Parlad. lib. 2. part. 1. cap. finali, §. 6. num. 3.

(5) Ley. 30. y 52. tit. 18. part. 3. ley 2. y 3. tit. 14. lib. 4. Recop. (*ó 4. y 5. tit. 4. lib. 4. de la Novis.*) Parlad. ibidem. §. 7.

prudencia del que obedece; teniendo presente su grave obligacion á la mas resignada obediencia, las dos superiores leyes del Reino que recomiendan nuestros sábios prácticos, y la sólida distincion del Parladorio del caso en que se mande cosa repugnante al derecho divino ó natural, y del caso en que se mande contra lo establecido por el derecho civil ó humanas leyes; en donde se advierte cuándo deban ser los régios preceptos ciegamente cumplidos, y cuándo obedecidos y no cumplidos: no siendo á nuestra cortedad lícito dar en materia de tanta delicadeza otro voto que el de la obediencia.

9 En el concepto de instrumento se comprende la carta de receptoría despachada para la exaccion y cobranza de débitos Reales, cuyos alcances justifican con mérito ejecutivo aquellas certificaciones de Oficiales mayores y Contadores de las Reales oficinas, pues como instituidas con la correspondiente autoridad, y nombrados con la misma sus Oficiales y Contadores, son auténticos sus certificados.

10 Asimismo es instrumento de mérito ejecutivo el testamento solemne no roto (1) ni cancelado; la mejora de tercio y quinto y el legado, con la distincion de que si presentada en juicio la cláusula del legado, con pie y cabeza del testamento, y notificado á instancia del legatario el heredero para su pago, se opusiese éste alegando justas causas, debe ser oido en juicio ordinario; pero si las causas no fuesen justas debe apremiársele ejecutivamente á la satisfaccion del legado.

SENTENCIA.

11 La sentencia ó cosa propiamente juzgada trae aparejada ejecucion (2), y se comprende en este concepto sentencia la pronunciada en autos, la de árbitros, la de arbitradores, la translacion y el juramento decisorio *in litem*.

12 Cosa propiamente juzgada es aquella sentencia de que no puede apelarse ni interponer súplica, v. gr. la que por des-

(1) Parlad. ibidem, §. 9.

(2) Ley 19 tit. 22. ley 23. tit. 4. part. 3. ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. (*ó 4. tit. 17. lib. 11. de la Novis.*) leg. Post rem, ff. De Re judicata.

cuido de la parte (1) no fue apelada dentro del término prevenido por la ley Real, ó la que, aunque apelada en tiempo, no se presentó en el oportuno de los tres que se conceden de estilo, la provision, despacho ó mejora del tribunal superior donde corresponde el recurso; en cuyas circunstancias, concedidos al apelante los tres términos de estilo, el primero de quince dias, ocho el segundo, y el tercero ó último de tres, y acusadas tres rebeldías, se declara la apelacion por desierta, y la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada exequible, sin embargo de apelacion, lo mismo que el auto en que se declaró la desercion.

13 Si por el apelante se presentase dentro de término la mejora, y en su vista pasasen los autos á la superioridad, y por descuido de las partes no se sustanciase (2) ni determinase el recurso en los términos prefinidos por derecho, entonces la desercion corresponde el declararla al Juez superior; bien que es digno de advertirse el que siempre que se intenta esta declaracion, no solo la superioridad atiende á la circunstancia de si pasó ó no el término, sino tambien á los méritos de la causa en lo principal, viendo si la sentencia apelada es justa, y en este caso, como haya pasado el término, declara la desercion del recurso, que equivale á confirmacion; pero si la superioridad forma concepto de que la sentencia es digna de revocacion ó enmienda, ó hay prudente duda, aunque haya cursado el término, ó á consecuencia de su autoridad, abre el juicio y niega la desercion, práctica (como en todo) siempre laudable; pues por el descuido en los términos no era conforme á la rectitud de la superioridad se ejecutasen sentencias injustas, ni condenase sin oirse á las partes: debiendose advertir el que la sentencia consentida ó que su apelacion fue desierta, tampoco será exequible cuando se dice de nulidad de ella, ó se pide restitucion *in integrum*, ó se pone algun grave defecto de los que refieren nuestros prácticos.

14 Igualmente es cosa propiamente juzgada, no solo las sentencias cualificadas con estas circunstancias de consenti-

(1) Ley. 2. y 11. tit. 18. lib. 4. Recop. (*ó las 3. y 5. tit. 20. lib. 11. de la Novis.*)

(2) Parlad. ibidem, §. 1. num. 10.

da (1), no apelada y pasada en juzgado mediante la desercion, sino tambien las sentencias puras dadas en aquellos asuntos críticos de proveer sepultura á los fallendos, tutor á menores, frutos pendientes, efectos que perecen con la dilacion, dote, alimentos, salarios, estipendios, servicios, jornales, pena de ordenanza que no ascienda de mil maravedís, y sentencia dada en favor del Fisco; pues en todos estos casos las sentencias, aunque no sean consentidas ni sus apelaciones desiertas, merecen ejecucion sin embargo de apelacion, únicamente admisible en el efecto devolutivo.

15 Asimismo es cosa juzgada las sentencias de Jueces *arbitros juris* (2), las de arbitradores y amigables componedores, los ajustes, transacciones y convenios hechos por Escribano ó algun tercero de consentimiento de las partes, lo mismo que la declaracion bajo de juramento decisorio *in litem*, judicial ó voluntario por convenio de las partes, pues con él quedó la controversia decidida y ejecutoriada.

16 Siempre que nos hallásemos en estas circunstancias (3), para pedir la ejecucion en virtud de sentencia puede intentarse á continuacion de los mismos autos, siendo uno mismo el Juez que los sustanció y el de la ejecucion; ó separadamente presentando testimonio con insercion de la demanda, contestacion, poderes, sentencia y demas diligencias que acrediten la cosa juzgada respective segun el asunto litigado.

EJECUTORIA.

17 La ejecutoria, cuyos predicados constitutivos son tres sentencias conformes, ó las dos de *vista* y *revista* (4), y la última del grado de suplicacion, segun la naturaleza del asunto litigado en contradictorio juicio, merece ejecucion, para cu-

(1) Ley 9. tit. 18. lib. 4. Recop. (*ó 16. tit. 20. lib. 11. de la Novis.*) Aceved. ad leg. 9. tit. 15. ibidem, num. 38. Curia Philipica, 2. part. §. 3. num. 9. y 10.

(2) Ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. (*ó 4. tit. 17. lib. 11. de la Novis.*)

(3) Parlad. lib. 2. part. 1. cap. finali, §. 1. num. 2. 3. 15. et seq.

(4) De Salg. de Reg. protect. part. 4. cap. 5. num. 100. Parlad. lib. 2. part. 1. cap. ult. §. 1. num. 2. Aceved. glossa ad leg. 3. tit. 11. lib. 4. Recop. num. 2.

ya instancia se presenta la misma ejecutoria que se dió á la parte que obtuvo por el tribunal superior con los insertos de demanda, sentencias y demas necesario á su perfecta comprension.

VALE RECONOCIDO.

18 El vale, recibo ú otro cualquiera documento privado reconocido, trae preparada ejecucion; para cuya legitimidad debe advertirse (1) que del auto en que manda el Juez reconocer algunos de estos documentos, no es admisible la apelacion en el efecto suspensivo, asi como del auto en que se mandó despachar la ejecucion.

19 El reconocimiento debe hacerse ante Juez competente del deudor (2), ó por su órden ante el Escribano ó Alguacil, y en otra forma no produce mérito ejecutivo; bien que podrá pedirse que el propio Juez compela al súbdito que hizo el reconocimiento ante Juez incompetente á que insista en lo reconocido.

20 El reconocimiento debe ser judicial (3) y de la misma parte que escribió el vale, ó lo firmó ó dió órden para que lo firmasen por sí; de modo, que en este último caso no basta el reconocimiento del tercero que firma el vale, ni el de cuantos testigos lo autoricen, porque con precision debe ser del propio deudor; y si fuese menor de edad, no le perjudica ni es bastante para ejecutarle su propio reconocimiento.

21 Este, en los mayores de edad, debe ser espreso y no tácito; v. gr. la contumacia ó rebeldía del deudor (4) que notificado no comparece á reconocer el vale, ú ocultado no asiste en su casa á las horas regulares, ó comparece, bien que reusa responder ó reconocer; en estos casos debe procederse dis-

(1) Ley 5. tit. 21. lib. 4. Recop. (*ó 4. tit. 28. lib. 11. de la Novis.*) D. Vela, dissert. 22. num. 7. 34. y 39. Gutier. in leg. Nemo potest, num. 447.

(2) D. Vela, dissert. 23. num. 11. et sequent.

(3) D. Vela ibidem, num. 16 y 18. ley 22. tit. 11. lib. 5. Recop. (*ó 17. tit. 1. lib. 10. de la Novis.*) D. Vela ibidem, num 34.

(4) Ley 3. tit. 13. part. 3. D. Vela ibidem, num. 42. ley 1. §. Ex hoc rescripto, vers. Cogenda, ff. de Ventre inspiciendo.

tinguiendo: si la cantidad del crédito fuese de consideracion, no há lugar al mandamiento ejecutivo, y sí deberá apremiarse al deudor por prision ó embargo de bienes á que practique el reconocimiento; pero si la suma adeudada fuese de corta entidad, haciendose por el Juez prudente juicio de la verdadera contumacia del deudor mediante las diligencias que de no ser hallado en su casa sienta el Escribano, y con especialidad la memoria ó copia comprensiva del auto en que se manda comparecer al deudor, que deberá dejarse en su casa á los hijos, criados ó vecinos mas cercanos, entonces podrá rectamente despacharse ejecucion, equivaliendo á legal reconocimiento su inobediente rebeldía y culpable contumacia.

22 El reconocimiento debe hacerse antes de que en el asunto se conteste demanda (1); porque contestada, aunque reconocido el vale haya mérito para que sumariamente se efectúe el pago, no le hay para despacharse ejecucion; con la advertencia de que el Acevedo, á conformidad de la ley del Reino que manda se atienda á la verdad en los juicios, y no á la vana escrupulosidad de solemnidades, es de opinion que aun despues de elegida la via ordinaria puede recurrirse á la ejecutiva.

23 Cuando se reconoce un vale en que confesaba el deudor deber, v. gr. ciento, sin espresion de la causa del débito, no merece ejecucion, porque en recibos, vales y documentos privados que las partes forman para prueba del crédito (2), el defecto de causa es cualidad individua é inseparable del reconocimiento, y en estos términos, como la obligacion es generalísima, su causa oculta, y con presuncion vehemente de injusta, no há lugar á la ejecucion, no obstante la literal disposicion recopilada que previene el que apareciendo que cualquiera quiso obligarse, quede obligado, pues sin embargo debe tenerse conocimiento de la causa en la obligacion privada.

(1) D. Vela ibidem, num. 47. D. Salgad. Laberint. 1. part. 1. cap. 16. num. 34. et seq. Aceved. ad leg. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. num. 154. ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. (*ó 2. tit.* 16. *lib.* 11. *de la Novis.*)

(2) Anton. Gom. tom. 2. cap. 11. num. 3. Var. Aceved. glos. ad leg. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. num. 43. vers. Sed nihilominus. D. Vela, dissert. 21. num. 3. Parlad, lib. 2. cap. 3. num. 59.

24 El reconocimiento que hace el deudor, v. gr. en el mes de Enero, de un vale (1) que contiene la obligacion al pago para el mes de Junio, ó bajo cierta condicion, no produce mérito ejecutivo hasta tanto que haya vencido el plazo ó verificado la condicion; porque en uno y otro caso, asi el término como el evento, son cualidades anejas é individuas de la obligacion y reconocimiento.

25 Sin embargo, uno de nuestros sábios jurisconsultos afirma el que si el acreedor justificase (2) que el deudor le satisfizo parte del crédito pura y simplemente sin protesta alguna, no debe hacerse mérito del dia ó condicion del recibo, y por lo mismo que puede antes de cumplirse ó verificarse despachar el Juez ejecucion por el resto.

26 La razon de su autorizado sentir es el que verosimilmente la condicion ó plazo fue puesto en el recibo fingida (3) é ilusoriamente; pues á ponerse realmente y con efecto, no las despreciara el deudor, pagando pura y prontamente lo que adeudaba á plazos ó pendia de futuro evento; ó que el deudor se apartó y renunció su derecho pagando antes de tiempo parte del crédito.

27 En estos términos, siendo la autorizada opinion de este sábio fundada en presuncion y conjetura (4), se hace presente, salva su vénia y con correccion de todo dictámen, el que parece conjetura mas probable y presuncion mas legal y verosímil, que el que estaba obligado á pagar en Junio, y lo practica antes de este plazo, lo efectúe mas por razon del que ha de vencer, que no por renunciar su derecho, temeroso tal vez de no tener al tiempo del plazo tanta proporcion, ya por la casualidad de gastos que ocurran, enfermedad, pobreza y demas desgraciadas casualidades á que viven sujetos los hombres; y por lo mismo parece á nuestra cortedad injusto el que se despache ejecucion ínterin no venza el plazo, sin embargo de que antes de él haya satisfecho el deudor parte del crédito, lo que debe entenderse ejecutado mas por la causa urgente del plazo

(1) D. Vela, dissert. 25. num. 1. ibi: Eo quod in ipsa scriptura contentæ non fuerit à contrario sensu.

(2) D. Vela ibidem, num. 55.

(3) D. Vela ibidem, num. 58.

(4) Argum. ex leg. 1. et ejus glos. ff. de Solution. et lib.

que precisamente ha de vencer ó venir, que no por renunciar su derecho.

28 La presuncion y conjetura de este autor harán mas fuerza en el caso de ser el recibo á pagar bajo condicion (1), pues entonces es mas verosímil que habiendo pagado antes de verificarse parte del crédito, quiera y sea su voluntad obligarse á pagar puramente el todo.

29 Cuando un deudor tiene hecho vale en que confiesa deber por esta ó la otra causa simplemente, v. gr. ciento (2), sin referir ni espresar plazo ó condicion, y posteriormente cuando reconoce el vale espresa ó dice que los ciento debidos son para tal plazo ó bajo de alguna condicion, entonces el reconocimiento merece ejecucion, sin embargo de la cualidad añadida, porque ésta, si fuese verdadera, se hubiera puesto sin duda en el mismo vale, por lo que su adicion en el acto del reconocimiento es dividua é inconnexa con la obligacion, incapaz de impedir el ingreso ejecutivo.

30 El vale prescripto, aunque se reconozca, no merece ejecucion (3): ahora bien; desde cuando principien los diez años prevenidos por la ley para la prescripcion de la via ejecutiva en un vale, si desde su fecha ó desde su reconocimiento, es asunto espinoso y dificil por las distintas autorizadas opiniones de nuestros sabios; pues los señores Vela y Gutierrez afirman que los diez años principian desde el tiempo que se reconoció el vale, y los señores Larrea y Acevedo defienden que los diez años principian y deben contarse desde el dia de la fecha del vale, conocimiento ó recibo, militando á favor de cada opinion, no solo la probabilidad estrínseca fundada en la autoridad de sus sectarios, sino tambien las disposiciones de derecho y respectivas decisiones de los tribunales superiores que citan.

31 En este conflicto, con motivo de esplicar el señor Olea las diversas inteligencias (4) que tiene esta voz *cesion*, trata

(1) Ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop. (*ó* 1. *tit* 1. *lib.* 10. *de la Novis.*)
(2) D. Vela dissert. 24. num. 79. et dissert. 25. num. 1.
(3) Ley 6. tit. 15. lib. 4. Recop. (*ó* 5. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Novis.*) D. Vela dissert. 26. num. 1. Gutier. lib. 3. Pract. quæst. 35. Aceved. in leg. 6. lib. 4. tit. 15. Recop. D. Larrea, tom. 1. decis. 49. num. 7.
(4) D. Olea tit. 1. quæst. 1. num. 77. et seq.

incidentemente la disputa, y para su inteligencia y concordar en la forma posible tan contrarias autorizadas opiniones, distingue dos casos: uno cuando habiendo pasado seis años desde el dia de la fecha del vale se pide su reconocimiento sin practicarse por el acreedor otra diligencia, y pasados otros cuatro años pide la ejecucion, de suerte que hayan cursado diez desde la fecha, y cuatro desde el reconocimiento: y segundo, cuando habiendo pasado diez años desde el dia de la fecha, se pide el reconocimiento, y en su virtud ejecucion.

32 Distinguidos asi los dos casos (1), en el primero afirma que la prescripcion principió desde el dia del reconocimiento, asi por no poder imputarse al acreedor morosidad ni negligencia, siempre que dentro del término de diez años contados desde la fecha pidió el reconocimiento, como porque no mereciendo el vale ejecucion hasta tanto que sea reconocido, no es dudable, segun este autor, el que no habiendo nacido hasta entonces el derecho de ejecucion, no pueda principiar su curso la prescripcion, conformándose en el propuesto caso con la opinion de los señores Vela y Gutierrez; y asi aunque hayan cursado diez años desde la fecha del vale, há lugar á la ejecucion como se verifique no haber pasado los diez años desde el dia del reconocimiento.

33 Pero debe advertirse, que aun puesta la disputa en este caso, quedan de contrario dictámen los señores Larrea y Acevedo (2); pues siendo uno de los fundamentos de su opinion el que el vale ó recibo puesto en pública forma con el reconocimiento judicial, tiene mérito ejecutivo asi como si al principio se hubiese reconocido, y añadiendo que se retrotrae el dia del reconocimiento al de la fecha, no puede dudarse, segun su dictámen, el que aunque á los seis años de la fecha se haya hecho el reconocimiento, si pasan cuatro mas, no merecerá ejecucion el vale; porque admitida la retrotraccion que defienden, principió la virtud y eficacia del reconocimiento desde el dia de la fecha, y como contando desde éste pasaron ya los diez años, se infiere á consecuencia de su doctrina el que aun en este caso no há lugar á la ejecucion.

(1) D. Olea ibid. num. 89. et seq.
(2) Acev. ibid. num. 13. D. Larrea ibid. num. 14.

34 Y asi en el presente conflicto y circunstancias, la prudencia, acompañada con el deseo del acierto (1), abrazará la opinion que le parezca mas segura, pues siendo tan legales y sólidos los fundamentos de los señores Olea, Vela y Gutierrez, y por lo mismo su opinion, en mi corto dictámen, la mas probable es digna de temer la crítica que hace el Acevedo. Sus palabras á la letra son las siguientes: *Hanc secundam* (habla de su opinion) *pro nunc amplector, licèt non ignoro latrunculatores, decimas ex executionibus instrumentorum capientes, hanc non, sed primam amplexuros esse: capiant tamen ipsi, quæ velint, hæc enim secunda nunc mihi plus satisfacit.*

35 En el segundo caso de pedirse el reconocimiento de un vale despues de pasados diez años de su fecha (2), sienta el señor Olea no merecer ejecucion por militar á favor del deudor la presuncion del pago en tanto tiempo devengado sin pedir el reconocimiento, y en este caso se conforma con la opinion de los señores Larrea y Acevedo.

36 Pero debemos advertir que aun puesta la disputa en estos precisos términos (3), queda de contrario dictámen el señor Vela, pues siendo su opinion el que la prescripcion corre desde el dia del reconocimiento, y que éste puede pedirse y hacerse dentro del término de veinte años, desde la fecha, que dura la accion personal de la escritura privada ó vale, se infiere á consecuencia de su doctrina el que, aunque pasados diez años se reconozca el vale, merece ejecucion, así como si se hubiese reconocido á los tres ó cuatro; por lo que atendidas tan fundadas opiniones, se elegirá la que mas persuada el asenso, pareciendo á mi cortedad mas probable en este segundo caso la de los señores Olea, Larrea y Acevedo.

37 Y asi, si nos hallasemos en el caso práctico de reconocerse un vale despues de pasados diez años á su formacion (4), y conceptuasemos por mas segura esta opinion de no merecer el reconocimiento ejecucion, se atenderá á si consta por el mismo vale, su respaldo ó confesion del deudor, haber éste paga-

(1) Ibidem.
(2) D. Olea ibid. num. 92.
(3) D. Vela ibid. num. 19. y 45.
(4) Ley 29 tit. 29. part. 3. Acev. in leg. 7. tit. 15. lib. 4. Recop. num. fin. De Vela dissert. 25. num. 60.

do antes de cumplir los diez años de la prescripcion parte de aquel débito, ó hubiese reducido á escritura pública el vale privado, ó hubiese otorgado fianza ó hipoteca, ó finalmente hubiese pagado alguna suma por razon de intereses á causa de la retardacion; pues en todos estos casos se interrumpió la prescripcion del derecho ejecutivo, y principió á correr de nuevo desde el dia en que se celebró cualquiera de los referidos actos.

38 En lo que todos los sabios citados convienen, es en que si pasados los diez años (1) se reconociese un vale, en cuyo acto el deudor no solo reconociese su obligacion privada, sino tambien confesase deber la cantidad comprendida en ella, merece ejecucion sin embargo del tiempo que haya cursado, pues como se confiesa el débito y destruye la presuncion del pago, es justa la ejecucion; y asi siempre que hubiese de pedirse el reconocimiento de un vale que pasa de diez años, debe añadirse, *y si es verdad que N. está debiendo la cantidad que comprende*, en cuyo caso, asi confesado, merece en opinion de todos ejecucion.

39 No solo es digno de atencion el reconocimiento de los vales prescriptos para el acierto (2), sino tambien cuando se hace en los primeros años de su formacion, y al tiempo del reconocimiento se opusiese la escepcion de la *non numerata pecunia*; pues cuando un deudor dentro del término de dos años, contados desde la fecha de su vale, lo reconoce, y en este mismo acto opone y declara no habersele entregado ó numerado la cantidad que comprende, no há lugar á la ejecucion, porque la escepcion opuesta es legal, conexa é individua con el reconocimiento ya imposibilitado de producir mérito ejecutivo, aun cuando el vale estuviese autorizado con la solemnidad del juramento.

40 Si por ventura esta escepcion no la opuso el deudor en el acto del reconocimiento (3) que hacia dentro del término de los dos años del vale, y despues la propone, no impide la eje-

(1) D. Olea ibid. num. 93.
(2) Gutier. de Juram. part. 1. cap. 37. num. 175. vers. 2. D. Vela dissert. 23. núm. 17.
(3) D. Vela ibid. num. 32.

cucion por ser distinta é inconexa la escepcion separada del acto del reconocimiento, bien que es admisible, y podrá el reo probarla en el término del encargado.

41 Cuando esta escepcion se opone en el mismo acto del reconocimiento en un vale que pasaba ya de dos años (1), aunque conexa con el reconocimiento, es dividua é incapaz de impedir el curso ejecutivo; porque la circunstancia agravante de haber cursado dos años sin oponer la escepcion, pedir la entrega de la pecunia ó la vuelta del recibo, produjo el efecto de deber probar el reo en el término del encargado la no numeracion; advirtiendo que esta escepcion (aunque con el cargo de su prueba) es perpetua, y la accion para la entrega de la pecunia ó vuelta del vale permanece en el deudor por tiempo de veinte años.

42 Y á esta conformidad, si un acreedor despues de pasados treinta dias (2), contados desde la fecha de recibo ó respaldo que hubiese hecho á favor de su deudor, en que confesaba haber recibido parte ó el todo de su crédito (no habiendo sucedido asi), propone la escepcion de la *non numerata pecunia*, es de su cargo la prueba por la propia razon de haber pasado los treinta dias.

43 En juicio, lo mismo que recibos (3), vales y conocimientos, son escrituras privadas las letras de cambio, cartas y papeles, por lo que sin su reconocimiento judicial no gozan de mérito ejecutivo ni hacen fe.

CONFESION.

44 La confesion clara y judicial del débito trae preparada ejecucion (4), bien que si se calificase con alguna escepcion, es necesario atender á sus circunstancias para darle el correspondiente mérito; y no siendo todas las escepciones de igual calidad, debemos distinguir, para nuestra inteligencia, dos casos. El primero, cuando el deudor confesó en Enero deber tal

(1) Ley 6. tit. 15. lib. 4. Recop. (*ó 5. tit. 8. lib. 11. de la Novis.*) D. Vela ibid. num. 8. y 16.

(2) Ley 14. §. 2. Cod. De non numerat. pecun.

(3) Parlad. lib. 2. part. 1. cap. fin. § 5. num. 17. et seq.

(4) Ley 5. tit. 21. lib. 4. Recop. (*ó 4. tit. 28. lib. 11. de la Novis.*)

suma para el dia ó plazo del mes de Junio, ó bajo tal condicion, ó que ciento que confiesa haber recibido fueron de débito que le hacia el que se los pide. Y el segundo, cuando se confiesa el débito poniendo la escepcion del pago ó pacto de no pedir, ó que la cantidad que recibió fue para otro, ó que cuando hizo el convenio ó promesa no fue con ánimo de obligarse.

45 En el primer caso la confesion del débito es indivídua, conexa, y un mismo acto (1) comprensivo de la obligacion y escepcion de plazo, condicion y causa, y por lo mismo sin virtud ni eficacia para proceder á la ejecucion, no pudiéndose en justicia separar el débito de aquella cualidad conjunta, legal, probable y verosímil, bajo la cual, y no en otra forma, fue declarado.

46 En el segundo caso, todas las escepciones propuestas por el deudor, de pago (2), pacto de no pedir &c. son divíduas, distintas é inconexas con el débito confesado; y por lo mismo, sin embargo de ellas, debe despacharse ejecucion, reservando su prueba para el término del encargado, cuya práctica es generalísima y observada de todos los tribunales.

47 Bien que algunos sabios prácticos respirando equidad (3) y fundados en la disposicion de Partida, afirman que propuestas las escepciones divíduas, debe antes de despacharse ejecucion darsele término al deudor para que pruebe su escepcion; y que cumplido sin haber hecho esta prueba, se le condene al pago sin embargo de apelacion; cuya práctica refieren se sigue por algunos Jueces, atendiendo lo equitativo de esta opinion en no atropellar al deudor con prision y embargos, y no omitiendo que el señor Vela testifica el mayor séquito que tiene en los tribunales superiores la opinion contraria que queda (como de práctica inconcusa) sentada en el párrafo antecedente, refiriendo las decisiones del sabio superior tribunal que autorizó su presidencia.

(1) D. Vela dissert. 24. num. 42. et seq.
(2) D. Vela ibidem, num 48.
(3) Avilés cap. 10. verb. Execucion, num. 23. Parlad. lib. 2. cap. final. part. 1. §. 4. num. 12. ley 8. tit. 3. part. 3. D. Vela ibidem. n. 69. et seq.

SUSTANCIACION DEL JUICIO EJECUTIVO.

48 En inteligencia de los documentos que preparan la ejecucion, y supuesto el pedimento pidiendo el reconocimiento (1), ó el jure y declare, sin deferir en él la prueba cuando falta instrumento de la obligacion ya público ó privado, se forma pedimento en estos términos: *F. N. á nombre y en virtud de poder que presento y juro de F. T. de esta vecindad* (ó de la que sea) (si el mismo acreedor es el que pide personalmente, se sigue el formulario siguiente; si no, se sigue hablando impersonalmente con arreglo á la cabeza de este escrito, á nombre de la parte que pide), *digo*: *Que como se acredita del instrumento, vale &c. que con la solemnidad necesaria presento* (y si fuese confesion), *ó segun resulta de la confesion que acepto en lo favorable, N. me es deudor de tanta suma, cuya satisfaccion no he conseguido, sin embargo de las repetidas reconvenciones que estrajudicialmente he practicado á este efecto; por tanto:* = *A V. suplico que habiendo por presentado el instrumento adjunto, ó por reproducidos los autos del reconocimiento, se sirva mandar despachar ejecucion contra la persona y bienes de este deudor por la cantidad que adeuda, su décima y costas causadas y que se causáren hasta el efectivo pago; pues al efecto juro la deuda con protesta de admitirle en cuenta los legítimos que tuviese hechos; pues asi es justicia &c.*

49 A este pedimento provee el Juez *autos*, y en vista, manda despachar ejecucion entregando á la parte el mandamiento, quien á su voluntad usará de él entregándolo al Alguacil de la Audiencia que quisiese, y por éste, ante Escribano, se requiere al deudor para el pago, y no haciéndolo, traba la ejecucion en bienes muebles, y por su defecto en raíces, poniéndose en depósito, que se otorga en forma, y á continuacion debe el reo ejecutado dar fiador de saneamiento que asegure con obligacion escriturada que los bienes sujetos á la traba son propios del deudor, y que no siendo asi el fiador satisfará el débito, y en caso de no otorgarse esta fianza debe ponerse al deudor en la cárcel, no siendo de las personas pri-

(1) Ley 2. tit. 21. lib. 4. ibidem. (*ó 1. tit. 28. lib. 11. de la Novis.*)

vilegiadas por derecho para no estar presos por deudas.

50 Formalizadas estas diligencias, se presentará segundo pedimento en esta forma: *F. N. &c., digo: Que en virtud de la ejecucion despachada, se hizo su traba en diferentes bienes del deudor, á los que para la legítima sustanciacion de este espediente, corresponde se den los pregones en el término del derecho; por tanto:=A V. suplico se sirva mandarlo asi á conformidad de justicia que pido &c.*

51 A lo que el Juez provee *como se pide*; y se dan á los bienes ejecutados los pregones, que son tres, y de tres en tres dias cada uno en muebles, y si raíces de nueve en nueve, añadiendo á estos, tres dias mas, y á aquellos uno, de modo que sean diez para los muebles, y treinta para los bienes raíces.

52 Autorizadas estas diligencias, se presenta tercer pedimento en esta forma: *Digo: Que á los bienes ejecutados se han dado los pregones por el término del derecho, en cuyo estado corresponde se cite de remate al reo ejecutado; por tanto:=A V. suplico se sirva mandarlo asi á conformidad de justicia que pido &c.*

53 A lo que provee el Juez *como se pide*, y se cita de remate al reo; y si dentro de tercero dia desde esta citacion no se opone á la ejecucion, pronuncia el Juez su sentencia de remate; pero si se opusiese, deben entregarsele los autos encargándole los diez dias de la ley, y dentro de su fatal término debe proponer y justificar la escepcion que le competa de pago, pacto de no pedir, falsedad, usura, temor, fuerza ú otra cualquiera de derecho.

54 A este efecto se presenta un alegato de justicia, cuya cabeza y conclusion serán en este ú otro parecido método: *Digo: Que V. en méritos de justicia se ha de servir declarar no haber lugar por derecho á la ejecucion despachada, mandando se alcen los embargos de los bienes en que se trabó, y se restituyan á mi parte, cancelándose la escritura de fianza, condenando á la contraria en costas*; y prosigue con las cláusulas de estilo alegando las razones que fundan la escepcion propuesta; y al mismo tiempo se forma interrogatorio de aquellos hechos que conducen á justificarla, y por un otrosí del alegato se presenta pidiendo que á su tenor, con citacion del actor ejecutante,

se examinen los testigos, debiéndose practicar uno y otro dentro del término encargado.

55 De este alegato se comunica traslado al actor, quien (1), y no el reo, puede pedir el término que tuviese por conveniente, bien que siempre el concedido es comun á ambos, y presenta igual alegato en justicia, y su conclusion en el método siguiente: *Usando del traslado que por auto proveido en tantos se me ha comunicado del escrito contrario, en que concluye pidiendo se declare no haber lugar á esta ejecucion, segun con mas individualidad resulta de su contesto, á que me refiero, y en lo necesario para impugnarle presupuesto, digo: Que sin embargo de cuanto infundadamente se alega, V. en méritos de justicia se ha de servir mandar ir por la ejecucion adelante, haciendo trance y remate en los bienes de su traba, y con su producto real, efectivo pago de la cantidad adeudada, su décima y costas devengadas y que se causaren hasta su cumplimiento, haciendo á favor de mi parte las demas declaraciones &c.*

56 Asimismo, si conviniese al actor ejecutante hacer alguna prueba contra la escepcion (2), presenta por un otrosí su interrogatorio; advirtiendo que como el encargado (aunque fatal y crítico) es término de prueba, deben reservarse interrogatorios y probanzas sin comunicarlas respective al actor ni reo ejecutado.

57 Cumplido este término ó el pedido por el actor, sin mas pedimento ni otra diligencia, sentencia el Juez lo que há lugar por derecho, y (estimando la ejecucion por justa) pronuncia su sentencia en esta forma: *En el pleito ejecutivo que ante mí ha pendido y pende entre partes, de la una N. actor demandante, y de la otra N. reo demandado, sobre el pago de tanta cantidad, N. y N. Procuradores, en sus nombres, fallo, atento á los autos y sus méritos, á que me refiero, que debo de mandar y mando avivar la voz de la almoneda é ir por la ejecucion adelante, haciendo trance y remate en los bienes ejecutados, y con su producto pago á N. de tanta cantidad, su décima y costas, con tal que ante todas cosas otorgue la fianza prevenida por la ley de Toledo; y por esta mi sentencia con costas, en que*

(1) Paz in Prax. tom. 1. part. 4. cap. 3. n. 36.
(2) Paz ibidem.

condenó al deudor, así lo pronuncio, firmo y mando.

58 Notificada la sentencia, dado el cuarto pregon y otorgada la fianza (1) que previene, como la apelacion no es admisible en el efecto suspensivo, se pide posesion de los bienes ejecutados en esta forma: *Digo: Que por la sentencia de remate se mandó avivar la voz de la almoneda condenando al deudor al pago con costas, en cuyo estado corresponde hacerse su tasacion; por tanto:=A V. suplico se sirva mandarla hacer, y por ellas, principal y décima, se despache mandamiento de pago, posesion y mejora en los bienes ejecutados, pues así es justicia &c.*

59 A lo que provee el Juez, *como se pide*, librando su mandamiento, con el que se requiere al deudor (2) para el pago de su condena, y en su defecto se da al actor la posesion; y constando ésta por diligencia, se piden los segundos pregones en el siguiente método: *Digo: Que en tal dia se me dió la posesion de los bienes ejecutados, y para su remate corresponde se den los segundos pregones; por tanto:=A V. suplico se sirva mandarlo así por ser justicia.*

60 El auto es corriente, *como se pide*, y así lo tiene establecido la práctica; pero parecia (3) segun la doctrina de la *Curia Philipica*, que estos segundos pregones solo debian darse cuando la ejecucion se mejoró en otros diferentes bienes de los que fueron sujetos á la traba de la ejecucion, y así dados estos pregones y sentadas sus diligencias, se pide el justiprecio de los bienes á este tenor: *Digo: Que en los treinta dias de estilo se han dado los segundos pregones para el remate convocando postores; y para celebrarle bajo legítima postura, corresponde se justiprecien estos bienes, á cuyo efecto nombro á N. y N. maestros veedores de tal arte ú oficio* (segun la clase de los bienes); *por tanto:=A V. suplico que habiéndolos por nombrados, se sirva mandar que precediendo su aceptacion y juramento, justriprecien y declaren el valor de dichos bienes, pues así es justicia &c.*

61 A este pedimento manda el Juez que el reo ejecutado

(1) Paz ibidem, núm. 45.

(2) Glossa in leg. 2. Divo Pio, §. Si pignora, ff. de Re judic. et argum. ex doctrin. Parlador. in lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 13. num. 12.

(3) Curia Philipica, 2. part. §. 17. num. 6. et §. 22. num. 14. ibi: Por precio.

dentro de tercero dia se conforme con los peritos nombrados (1), ó nombre otros de nuevo, con apercibimiento que pasado este término, se nombrarán de oficio. Se advierte que estos dos últimos pedimentos pueden incluirse en uno solo, y será muy conveniente ejecutarlo así para que en el término de los tres pregones se aprecien los bienes, ganando este tiempo y ocasionando al deudor menos costas.

62 Apreciados y pregonados los bienes (2), es muy regular que haya postura de ellos, la que será legítima siempre que llegue á mas de la mitad ó las dos terceras partes del valor por aprecio, y admitida, señala el Juez dia y hora para el remate.

63 Si acaso no hubiese tercero que hiciese postura, se forma este pedimento: *Digo: Que dados los segundos pregones (3) y apreciados los bienes para el remate, corresponde para celebrarle conforme á derecho se señale dia y hora; por tanto:=A V. suplico se sirva así mandarlo en justicia que pido &c.* El auto es regular, *como se pide*; y á su consecuencia en el dia y hora asignados se celebra el remate encendiéndose una candela para este acto, y quedan los bienes por propios de aquel último postor que ofreció mas precio al tiempo de apagarse la candela.

64 Celebrado el remate se presenta pedimento en esta forma: *Digo (4): Que en tal dia se celebró la venta por subasta de los bienes ejecutados en tanta suma, y para evitar en este espediente cualquiera nulidad:=A V. suplico se sirva mandar hacer saber este remate al reo ejecutado, para que si quisiese quedarse por el tanto con sus vendidos bienes, entregue dentro del término de los nueve dias la cantidad en que se remataron; pues así es justicia &c.*

65 El auto tambien es regular, *como se pide*, y pasados los nueve dias, se presenta este pedimento: *Digo (5): Que ha-*

(1) Ley 10. tit. 13. part. 6.

(2) Ley 2. Cod de Rescind, vend. ley 1. tit. 11. lib. 5. Recop. (*ó 2. tit. 1. lib. 10. de la Novis.*)

(3) Argum. ex doctrin. de Salgad. part. 3. cap. 4. num. 1. y cap. 10. num. 1. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 13. num. 13. vers. de Adictione.

(4) D. Covarrub. lib. 2. Variar. cap. 11. num. 3. Parlad. ibidem. §. 16. num. 3.

(5) D. Salgad. part. 3. cap. 10. num. 2. Anton. Gom. 2. tom. Variar. cap. 2. num. 17.

biéndose hecho saber al reo ejecutado el remate de sus bienes para el tanteo, ha cursado ya el término de los nueve dias para el retracto sin haberlo ejecutado, en cuyos términos, para el complemento de este espediente, corresponde se otorgue á favor del rematador venta real judicial, y que tasadas las costas apronte el precio del remate, del que se satisfaga el crédito, cancelándose las fianzas de saneamiento y ley de Toledo; por tanto:=A V. suplico se sirva asi mandarlo en justicia que pido &c.

66 Tambien es regular el auto, *como se pide*; y asi, tasadas las costas, se satisfarán (1), debiendo poner su recibo en autos los interesados, y al ejecutante, bajo de igual recibo, se hace entrega de su crédito, y si hubiese algun sobrante debe entregarse al deudor, otorgándose á favor del que remató los bienes en pública subastacion la correspondiente venta real judicial, con lo que queda legítimamente sustanciado el espediente ejecutivo, y determinado conforme á derecho.

67 Antes de separarnos del presente asunto, es digna de reflexionarse la dificultad que acontece muchas veces en el Juicio ejecutivo, v. gr. cuando éste adolece de alguna nulidad por defecto de legitimidad en el ejecutante ó ejecutado, como si por Pedro, Procurador de Juan, acreedor de Antonio, se pidiese y despachase contra éste ejecucion sin presentarse el poder; ó cuando se pidió y despachó ejecucion contra Antonio en concepto de heredero, ó bajo otra cualidad no legitimada en el ingreso de la causa ejecutiva, siendo en uno y otro caso cierto, legítimo y verdadero el débito.

68 En estas circunstancias, el señor Olea tratando de la cuestion (2) si deberá el cesionario cuando demanda en juicio presentar el instrumento de su cesion, toca el punto, y con la sabia madura reflexion que siempre, resuelve el que si al tiempo que se despachó la ejecucion faltó el poder y legitimidad en el actor ejecutante, aunque despues se produzca ó presente, debe declararse nula la ejecucion. El motivo fundado es porque como los Juicios ejecutivos son espedientes tan críticos y fuera de las reglas ordinarias que principian por embargo,

(1) AA. citat. ibidem.
(2) D. Olea tit. 6. quæst. 9. num. 5. 29. 47. y 51. Paz, Prax. anotat. 4. §. De Procuratore, num. 39.

feneciendo por remates y pública subastacion de bienes, se necesita con legal indispensable precision la legitimidad en el ingreso del curso ejecutivo; no asi en el Juicio ordinario, que como principia con traslado ó citacion, basta que se presente el poder en cualquiera término ó tiempo del pleito.

69 Y añade por mas motivo este sabio el ser indispensable en la hipótesi propuesta declararse la ejecucion por nula, siempre que se verifique que de declararse asi se sigue al reo algun interes; y como sea grande y conocido el libertarse de las vejaciones y costas de una ejecucion, nos hallamos en los precisos términos de declarar la nulidad siempre que en el principio haya adolecido la causa del defecto de ilegitimidad.

70 En esta inteligencia, y con la seguridad de doctrina tan autorizada, puestos en el caso práctico de sentenciar una causa ejecutiva (1) donde nos consta la legitimidad y certeza del débito, y al mismo tiempo consideramos la nulidad esplicada, será de la mayor confusion en quien desee el acierto para determinar; pues si por la realidad del crédito pronuncia sentencia de remate, desprecia la opinion de autor tan grave con los fundamentos en que estriba, y grava al reo ejecutado en las costas de una causa insusistente y ninguna: si considerando la superioridad de estos motivos no sentencia de remate y declara nula la ejecucion, se toca el grave inconveniente de cometerse un círculo vicioso volviéndose á principiar la ejecucion, y se da causa á que de pleitos nazcan pleitos gravando á los litigantes con duplicadas costas; todo lo cual debe evitarse segun las mas solemnes disposiciones de derecho.

71 En este conflicto eligió para el acierto (2) la autorizada práctica de los sabios superiores tribunales el medio de condenar al deudor al pago, mandando que hasta que lo ejecute no se desembarguen los bienes en que fue trabada la ejecucion, y que hecho el pago se le devuelvan con sus frutos y sin condenacion de costas.

72 Aun puede estrecharse mas la duda. Supóngase que la ejecucion fue pedida por el apoderado sin presentar enton-

(1) D. Olea ibidem. Carlev. tit. 2. disp. 8. num. 3. y 5.
(2) Gutier. de Juram. confirmat. part. 3. cap. 19. num. 7. Covar. lib. 2. cap. 11. num. 5. Carlev. ibid. num. 8.

ces instrumento de poder, pero durante el tiempo de traba y demas diligencias que se actúan, antes que el reo en el término del encargado oponga este defecto ó nulidad, presentó poder con fecha posterior al acto de haberse despachado ejecucion, ratificando lo actuado: en este caso pregunto, ¿podrá sustituir la ejecucion y pronunciarse sentencia de remate?

73 Para cuya resolucion atendemos á que los Juicios ejecutivos, intentados y decretados sin legitimidad, no pueden justificarse por el instrumento de poder superveniente (1) por los graves perjuicios que ilegítimamente se irrogan al reo en prision y embargos, y asi no debe susistir la ejecucion, mayormente cuando determina la ley del Reino que para despacharse ejecucion atienda el Juez á si el instrumento la trae preparada, estendiéndose, segun segura inteligencia, á que se atienda tambien si se pidió á instancia de parte legítima; de donde se infiere el que segun dicha ley, debe el mandamiento ejecutivo justificarse en el principio, sin que baste la ratificacion del poder posteriormente presentado.

74 Ademas de que disponiendo igual ley del Reino (2) que los mandamientos ejecutivos se den á las partes y no á los Alguaciles, y que la ejecucion que de otra manera se hiciere sea en sí ninguna en el caso de no haberse asi practicado, aunque por la otra parte se apruebe y ratifique, no susistirá la ejecucion, porque como hecha contra la forma de la ley, ya se le adquirió á la parte ejecutada un derecho para que se declare nula, y de nada sirve la ratificacion, principalmente porque lo nulo no puede validarse por ella; y como, volviendo al asunto, desde que se pidió y despachó la ejecucion á instancia de parte no legítima se le adquirió al reo ejecutado un derecho para declararla nula, en lo que interesa libertarse de décima y costas, se infiere el que aunque antes de oponer la nulidad el reo presente al actor poder posterior al mandamiento ejecutivo con ratificacion de lo actuado, no debe susistir en su fuerza la ejecucion, y sí elegirémos el propuesto medio que hemos venerado de la superioridad, conde-

(1) De Olea tit. 6 quæst. 9. num. 5. y 47. ley 17. tit. 21. lib. 4. Rec. (*ó 17. tit. 28. lib. 11. de la Novis.*) Aceved. in Glossa ad eamdem.
(2) Aceved. in Glos. ad leg. 3. tit. 2. lib. 4. Recop. num. 6.

nando al deudor al pago con embargos de sus bienes hasta que lo ejecute segun queda notado.

75 Por lo que pueda conducir al acierto (1), y desconfiando de las antecedentes reflexiones, en lo que tengan de propias, remito al lector á la cita del márgen, para que careada su sabia glosa con estas reflexiones y autores citados, resuelva lo mas justo y conveniente.

76 Asimismo es digno de tenerse presente antes de separarnos de la ejecucion (2), el que cuando esta fue trabada en alguna cantidad de moneda, debemos omitir los pedimentos de pregones, aprecios, remate, tanteo y escritura de venta, y solo sí despues de hecha la traba se pedirá se cite de remate al reo á fin de que siempre le quede á salvo el derecho para oponerse y justificar en el encargado las escepciones que le competan contra la ejecucion; y cumplidos los diez dias sin haberlo ejecutado, se pronúncia sentencia condenándole al pago que incontinenti se efectúa con la cantidad embargada.

(1) Aceved. ad leg. 19. tit. 21. lib. 4. Recop. num. 6.
(2) Carlev. tit. 3. disp. 2. num. 5.

PARTE CUARTA.

DEL CONCURSO Y PLEITO de acreedores.

1 No es menos dificil (1) que cotidiano el asunto de concurrir muchos acreedores contra un deudor, cuyos bienes apenas bastan al pago: y para su inteligencia y la del correspondiente juicio, á fin de conseguirlo en el lugar y grado que á cada uno corresponde, se hace preciso proceder con la distincion de que los acreedores pueden ser de tres diferentes clases, unos mere-personales, otros hipotecarios, y los terceros personales privilegiados. Los mere-personales son aquellos que hacen constar sus créditos por medio de vale, recibo, confesion del deudor, informacion de testigos, ó por escritura pública en que no intervenga obligacion de bienes general ni especial.

2 Los acreedores hipotecarios (2) son los que hacen constar sus créditos mediante obligacion general ó especial, tácita ó espresa de los bienes del deudor. Dícense tambien acreedores reales, porque estan afectas á la obligacion del pago las cosas ó bienes del deudor. Los acreedores personales privilegiados son aquellos que por derecho tienen goce, escepcion y privilegio para ser pagados con preferencia á otros acreedores, v. gr. el Párroco por diezmos, Magistrado, Fisco &c.

3 Cuando los acreedores del concurso son todos mere-personales (3), deben conceptuarse para el pago á prorata, sin

(1) D. Bolero tit. 5. quæst. 3.
(2) D. Bolero ibid.
(3) Ley 11. tit. 14. part. 5.

preferencia ni antelacion unos de otros; bien que si se verificase en alguno de ellos haber tenido á su favor sentencia para el pago, antes de que se forme el concurso, debe ser preferido á los demas, y su crédito graduado y satisfecho con antelacion.

4 Por esta razon queda persuadido el que todos los acreedores de hipoteca y privilegio de la segunda y tercera clase deben ser satisfechos con preferencia á los mere-personales; pues aquellos deben quedar pagados de su créditos enteramente en el lugar y caso que se les gradúe en el concurso, y por lo mismo con preferencia á estos que se conceptúan á prorata, sin atencion á lo mas antiguo ó reciente de la fecha.

5 Cuando los acreedores del concurso son todos de hipoteca, ya general ya especial, tácita ó espresa, absoluta ó condicional, casual ó mista, convencional, pretoria, real ó judicial (1), con tradicion de bienes ó sin ella &c., deben ser preferidos los anteriores y primeros en tiempo á conformidad de la comun legal regla, la disposicion de derecho y Reales leyes del Reino que previenen la preferencia del acreedor hipotecario primero en tiempo.

6 Bien que esta general legal regla padece las limitaciones siguientes. Primera (2), cuando con los acreedores hipotecarios anteriores concurre uno que al deudor prestó alguna suma para reedificar casa ú otro edificio, para guarnecer ó componer alguna nave, para alimentos de marineros, pagar alquiler de casa ó almacen donde estuviese la cosa hipotecada para transportarla, ó para el sustento ú otro cualquiera beneficio, dándose á este efecto, y convirtiéndose realmente en él, tiene este acreedor posterior preferencia para el pago en la cosa edificada, guarnecida ó beneficiada; bien que como fundamento de su intencion debe probar, para obtener el grado de esta preferencia, el que existe y está en sér la hipoteca ó bienes asi beneficiados.

7 La segunda limitacion es cuando con los acreedores hipotecarios anteriores concurre un acreedor (3) que prestó al

(1) Ley 27. tit. 13. part. 5. ley 12. ff. Qui potiores. Curia Philipica, lib. 2. cap. 12. num. 44. et seq.
(2) Ley. 26. y 28. ibidem.
(3) Ley 30. ibidem.

deudor cierta cantidad para comprar estos ó aquellos bienes, con obligacion de que quedasen hipotecados para el cobro de la cantidad mutuada; pues en este caso, en los bienes asi comprados é hipotecados tiene preferencia en el pago respecto de los demas acreedores hipotecarios anteriores.

8 La tercera limitacion es cuando con estos concurre un acreedor (1) que vendió al deudor una propiedad ú otros efectos con hipoteca para su pago, pues en ésta tiene el acreedor vendedor preferencia á los hipotecarios anteriores; bien que con la distincion de que los efectos ó propiedad vendida fuese útil y ventajosa al deudor, de modo que con ella ó sus frutos haya dado aumento al caudal; pero si no fuese de utilidad, como si los efectos comprados hubiesen sido jardines, caballos de regalo ú otros bienes semejantes, que lejos de utilizar traen para su conservacion necesarios gastos, entonces no tiene este acreedor vendedor preferencia para el pago.

9 La cuarta limitacion es cuando con los acreedores (2) hipotecarios anteriores concurre el dueño de una propiedad dada al deudor en contrato enfitéutico; pues como se reservó el dominio directo goza de preferencia para el pago de principal y réditos; no asi aquellos acreedores que en iguales circunstancias dieron al deudor una propiedad á censo reservativo ó consignativo, pues como se transfirió en el deudor el dominio sin utilidad, no tiene el acreedor por la hipoteca de estos censos preferencia para el pago de principal ni réditos á los hipotecarios anteriores.

10 La quinta limitacion es cuando con estos concurre un acreedor (3) que dió en arrendamiento al deudor comun una propiedad; pues para el pago de este arrendamiento tiene preferencia á los acreedores hipotecarios anteriores en los frutos ó efectos que se hallen en la propiedad arrendada.

11 La sesta limitacion es cuando con los acreedores hipotecarios anteriores (4) que sus créditos procedian de causas ó

(1) Carlev. tit. 3. disput. 28. num. 15. et 21.

(2) Carlev. ibid. num. 22. y 23.

(3) Ley 25. tit. 21. lib. 4. Recop. (*ó 15. tit. 31. lib. 11. y 6. tit. 11. lib. 10. de la Novis.*) cap. 3. Carlev. tit. 5. disp. 19. num. 19.

(4) Carlev. ibid. disp. 30. num. 9. y 10.

contratos lucrativos, concurriese un acreedor hipotecario por causa ó contrato oneroso; pues en este caso, sin embargo de ser posterior, debe preferirse en el pago.

12 La séptima limitacion es cuando con los acreedores hipotecarios anteriores concurre un acreedor (1) á cuyo favor un tercero que vendió una propiedad al deudor comun hizo obligacion con este de que quedase hipotecada á favor del referido acreedor posterior; pues entonces en ella tiene éste preferencia á los anteriores. La razon se discurre sea porque asi como (segun queda espuesto en la tercera limitacion) el vendedor de una propiedad con hipoteca de ella para el pago de su valor, tiene preferencia en la misma á los acreedores hipotecarios anteriores: y en esta forma, si este vendedor constituyese hipoteca de la cosa que vende á favor de un acreedor, será éste en ella preferido para el pago de su crédito á los anteriores, asi lo seria para el pago del suyo el vendedor si á su favor hubiese constituido la hipoteca.

13 Bien que quedando tambien espuesto en la propia limitacion (2) que para que el vendedor con hipoteca para el pago tenga esta preferencia, ha de ser con la precisa circunstancia de que la cosa vendida fuese útil al comun deudor; asimismo debe en el caso de la limitacion presente ser ventajosa al deudor la propiedad vendida, y sobre la cual hizo obligacion con hipoteca de satisfacer el crédito del citado acreedor posterior.

14 La octava limitacion es cuando con los acreedores hipotecarios anteriores concurre un acreedor (3) que fue ó envió en seguimiento del deudor comun que se ausentaba fugitivo; pues en los bienes que le aprehendió y embargó por sí ó por autoridad del Juez, es preferido á los demas acreedores iguales con él en el derecho de hipoteca.

15 Asimismo, y por razon del dominio reservado tácita ó espresamente (4), es preferido generalmente á todos los acreedores aquel que vendió al deudor comun una propiedad, re-

(1) Parlad. lib. 3. disp. 57. num. 9.
(2) 4 part. limit. 3.
(3) Ley 10. tit. 15. part. 5.
(4) D. Boler. tit. 5. quæst. 3. num. 18. et quæst. 21. num. 5.

servándose espresamente su dominio hasta tanto que se le haga pago de su valor; pues entonces tiene en ella preferencia á los demas acreedores, asi como el deponente cuando el depósito fue regular y subsisten en sér los bienes depositados.

16 Lo mismo deberá entenderse cuando con los acreedores concurre uno (1) que dió en fiado al deudor comun algunas mercancías ó efectos, y éste las recibió con ánimo de dar en quiebra ó ausentarse fugitivo, pues en este caso se prefiere en ellas á los demas acreedores; porque el dominio de los efectos asi comprados queda en los vendedores, y por lo mismo, como dueños, de ninguno pueden ser preferidos; debiéndose advertir que si la quiebra ó fuga del deudor fue dentro de tres dias al recibo de estos efectos, tiene lugar el concepto de que se compraron con ánimo de dar en quiebra, ó ausentarse, y si acaeció pasado este término, queda el concepto al justo prudente arbitrio del Juez.

17 Y si el acreedor que dió fiados sus efectos á este deudor fallido ó fugitivo fuese el Fisco, iglesia, comunidad, república ó menor, aunque haya cursado mas tiempo de tres dias (2) desde que recibió la cosa hasta su quiebra ó huida, subsistiendo en sér esta, tienen en ella preferencia los acreedores anteriores.

18 Quiénes sean los acreedores privilegiados, y cuál su preferencia entre sí ó respective á los hipotecarios, es asunto de dificil inteligencia; y para su claridad consideran nuestros sabios la utilidad pública que resulta del cobro de sus respectivos privilegiados créditos, y á proporcion de la mayor utilidad del público en esta cobranza conceden la preferencia, y asi distinguen cuatro especies de utilidad pública: la primera, la mas principal, cual es la Religion: la segunda la del Real Erario ó Fisco: la tercera la de las dotes; y la cuarta la subsistencia de vasallos ricos en el Reino, y de este modo los acreedores privilegiados que deben cobrar sus créditos por razon y mediante la primera especie de utilidad pública, se prefieren á los

(1) D. Boler. tit. 5. quæst. 3. num. 23. Curia Philip. lib. 2. cap. 12. num. 11.

(2) Ley 46. tit. 18. part. 3. Gregor. Lop. ibid. glos. 4. ley 10. tit. 19. part. 6. Curia Philip. ibid. cap. 11. num. 3.

acreedores que debe hacerseles pago por razon de la segunda especie de utilidad pública, y estos á los de la tercera &c.

PRIMERA ESPECIE DE UTILIDAD PÚBLICA.

19 Asi distinguidas las clases ó especies de utilidad pública (1), colocan en la primera y mas principal, cual es la de Religion, la cobranza del crédito decimal; y asi, cuando con los acreedores privilegiados ó hipotecarios concurre el párroco ó aquel sugeto á cuyo cargo está la recoleccion de diezmos y primicias, tiene hipoteca con privilegio para el pago prefiriéndose á todos, gozando de igual hipoteca privilegiada el acreedor que espendió alguna suma en el funeral del concursado, prestando los gastos que ocasionó desde su muerte hasta la sepultura, lo mismo que las espensas inmediatamente precedentes y subsecuentes á la última enfermedad, v. gr. medicinas, lutos, salarios de Médico &c., y las que originó la publicacion de su testamento, confeccion de inventario y la redencion de cautiverio en que estaba el concursado.

20 De igual privilegiada hipoteca, y por la propia razon de la primera especie de utilidad pública (2), gozan para el cobro de sus adeudados derechos los Magistrados, Jueces, Abogados y demas sugetos de literatura, con preferencia á los acreedores hipotecarios anteriores; bien que con la distincion de que en aquella cosa, predio ó propiedad, respecto de la cual espusieron su oficiosidad y estudio, tienen preferencia á los citados acreedores de tácita y espresa hipoteca; pero en los demas bienes del deudor solo tienen preferencia á los anteriores de tácita hipoteca, pero no á los de espresa.

21 Finalmente, siempre que la cobranza de algun crédito diga conveniencia, utilidad y respeto á la causa pública de Religion, debe colocarse en la primera especie de utilidad pública para preferirse á los demas créditos privilegiados que se colocan en la segunda, tercera y cuarta.

(1) D. Boler. tit. 5. quæst. 2.
(2) D. Boler. ibidem, num. 29. 44. y 45.

SEGUNDA ESPECIE DE UTILIDAD PÚBLICA, *considerada en el cobro de los créditos á favor del Real Fisco.*

22 A la segunda especie de utilidad pública corresponde el Fisco ó Real Erario sobre las cantidades que le son adeudadas (1); y para conceptuar la prelacion de que goza en tantos y tan distinguidos Reales créditos, se advertirá que cuando el Fisco pide de un deudor comun el crédito adeudado por razon de tributos ordinarios ó estraordinarios, le corresponde tácita legal hipoteca, no solo en los bienes actuales del concursado, sino tambien en aquellos que de él hubieron en vida por cualquiera título sus herederos, aun cuando estos renuncien la herencia.

23 Es de tanta virtud y eficacia esta hipoteca (2), que aun los terceros singulares poseedores de los bienes tributarios del comun deudor estan obligados al pago del tributo, no solo del tiempo de su posesion, sino tambien los devengados antecedentemente, y esto aun cuando el predio tributario hubiese recaido en persona eclesiástica; pues ésta deberá pagar el tributo, y para ello podrá ser reconvenido ante los Jueces seculares.

24 Esta preferente hipoteca del Fisco en los bienes tributarios no proviene de especial privilegio (3), y sí de derecho, porque estos bienes tienen en sí la obligacion al pago del tributo, al modo que cuando uno da ó impone sus propiedades á censo. Del mismo carácter son aquellos tributos impuestos á las personas por respecto de sus bienes, como el servicio Real de millones, moneda forera y alcabalas, por las que la ley Real concede al Fisco hipoteca y privilegio de antelacion; y asi en el pago de tributos y Reales derechos citados se prefiere á los acreedores anteriores de espresa ó tácita hipoteca.

25 Igualmente goza de privilegio el Fisco para hacerse pago en los bienes de Administradores (4) ó Recaudadores de

(1) Ley 25. tit. 13. part. 5. D. Boler. tit. 5. quæst. 13. num. 3.
(2) Ley 7. Imperat. ff. de Publican. et vectigalib.
(3) Ley. 25. y 33. tit. 13. part. 5.
(4) Ley. 23 y 25. ibid. D. Boler. tit. 5. quæst. 14. num. 3.

sus Reales derechos; bien que esta preferencia debe entenderse en los bienes adquiridos por el deudor comun despues de contraida su obligacion con el Fisco, porque en los bienes adquiridos antes de esta obligacion, no se prefiere á los acreedores anteriores de especial ó general hipoteca en estos mismos bienes ya obligados con dicha anterior hipoteca.

26 En la quiebra de copcion ó falta á su cumplimiento del primipilo, tiene el Fisco hipoteca (1) y privilegio, no solo contra los bienes de éste, sí tambien contra los dotales ó parafernales de su muger y los de sus hijos, aun cuando no le sean herederos, con preferencia á todos los acreedores hipotecarios anteriores.

27 Y para la perfecta inteligencia de la obligacion del primipilo, y si hoy tiene lugar la antecedente disposicion (2) respectiva á sus bienes, los de su muger é hijos, debe advertirse que dejadas las diversas inteligencias del primipilo en tiempo de los antiguos romanos y jurisconsultos, y considerando el concepto de lo que principalmente ejercia en aquellos tiempos, tiene hoy el uso y ejercicio en los Tesoreros de ejército que vulgarmente se llaman Pagadores, y en los proveedores y tenedores de bastimentos y provisiones del ejército; pues como de que cumplan exactamente con su empleo y obligacion resulta la subsistencia del Ejército, y de ésta el mas principal nervio de la defensa, paz y quietud del Reino, se dispuso el que faltando á su grave obligacion los pagadores ó proveedores dejando de pagar los sueldos militares y demas preciso á la subsistencia, queden sus bienes obligados al Fisco, los de su muger é hijos.

28 Y aunque en este rigor se proceda fuera de los regulares principios de derecho, es justa y conforme la decision (3), para que atemorizados los Tesoreros de ejército y proveedores de subsistencia con la vasta estension de su obligacion ó los bienes de su muger é hijos, cumplan exactamente en su empleo pagando y proveyendo el ejército, sin que esperimente falta en caudales ni provisiones.

(1) D. Boler. ibid. num. 16. et in eodem, tit. 5. quæst. 4. num. 22.
(2) D. Boler. tit. 5. quæst. 14. num. 22.
(3) D. Boler. ibid. num. 24.

29 Esta vasta obligacion de semejantes personas (1) no solo comprende sus bienes, los de su muger é hijos, sí tambien á los deudores; de modo que el Fisco puede pedir contra los deudores del primipilo, aun antes de hacer excusion de los bienes de éste, con mas especialidad aun antes de cumplirse el plazo en caso de ser deudores *in diem.*

30 Bien que debemos distinguir los Tesoreros de ejército (2) á quienes se entregan cantidades para su subsistencia de los demas Tesoreros que tienen á su cuidado la custodia del Real Erario, pues aunque estos tienen todos sus bienes obligados al Fisco, no se estiende su obligacion á los de su muger é hijos; porque solo este concepto y disposicion se entiende para con el sujeto que tiene ó recauda el tesoro ó erario destinado para pagas y provisiones de ejército.

31 En las demas obligaciones y contratos del Fisco, para el grado y preferencia de su crédito (3) constituyeron nuestros sabios diversas reglas. Primera; que el Fisco por la hipoteca que tiene en todos sus contratos, se prefiere á los acreedores mere-personales ó chirografarios anteriores. Segunda; que si el Fisco tuviese á su favor hipoteca espresa, se prefiere á los acreedores anteriores de tácita hipoteca. Tercera; que si el Fisco por su legal tácita hipoteca concurre con un acreedor de espresa, general ó especial, debe preferirse el primero en tiempo, bien que si por ser primero en tiempo este acreedor privado se antepusiese al Fisco, será la prelacion en aquellos bienes que tenia el deudor antes del contrato con el Fisco; porque en los bienes posteriormente adquiridos debe ser este el preferido.

32 No solo debe preferirse el Fisco á los acreedores anteriores de espresa hipoteca (4) en aquellos bienes adquiridos por el deudor comun despues de celebrado el contrato, sino tambien en los frutos nacidos, provenidos ó adquiridos despues del contrato Fiscal en aquellos bienes é hipotecas espresas de los anteriores acreedores; pues aunque estos se prefie-

(1) D. Boler. ibid. num. 14.
(2) D. Boler. ibidem.
(3) Leg. Si 28. ff. de Jure Fisci. D. Boler. tit. 5. quæst. 17.
(4) D. Boler. ibid. num. 1. Carlev. tit. 2. disp. 28. num. 9. disp. 34.

ren en los bienes que les hipotecó el deudor antes de contraer con el Fisco, debe éste preferirse en los frutos de estos mismos bienes como sean producidos despues del contrato; debiéndose advertir que en lo respectivo á la prueba de ser la adquisicion de bienes ó producto de frutos posterior al contrato con el Fisco, no tiene éste privilegio alguno; y asi intentando ser preferido en estos bienes ó frutos por la adquisicion posterior á su contrato, debe, para obtener, probarla como fundamento de su intencion.

33 La citada disposicion de derecho que concede al Fisco (1) el especial privilegio de preferirse á los acreedores anteriores de espresa hipoteca en los bienes que adquirió el deudor comun despues del contrato, debe entenderse cuando estos acreedores no tienen otra cualidad que la de hipoteca, pues si con esta juntasen la de menor edad, tutela &c. no se prefiere á ellos el Fisco.

34 La cuarta regla es que el Fisco, como (2) sobre ser acreedor personal privilegiado, tiene legal tácita hipoteca en todos sus contratos, se prefiere á los acreedores mere-personales, privilegiados en menor edad, tutela &c., y en igualdad de hipotecas goza de privilegio.

35 Como á fines conjuntos de estas preferencias esplican nuestros sabios los privilegios del Real Fisco (3) en los espedientes para el pago de sus respectivos créditos, y asi aunque por derecho no pueda el acreedor reconvenir al deudor de su deudor sin que se verifiquen primero tres circunstancias: una; la de estar condenado el deudor principal al pago: segunda; que éste no tenga de qué efectuarlo mediante excusion de bienes, quiebra ó decoccion: y la tercera; que el deudor del principal deudor confiese el débito ó conste de su certeza: todo este preciso presupuesto cesa en el Fisco, quien sin preceder estas circunstancias puede reconvenir al deudor de su deudor.

36 Asimismo siendo admisible por derecho en las ejecuciones la oposicion (4) y tercería por especial privilegio concedido al Real Fisco por la ley del Reino, siempre que éste

(1) D. Boler. ibidem.
(2) D. Boler. ibidem.
(3) Leg. Non intelligitur, §. Mult. ff. de Jure Fisci.
(4) Ley 16. tit. 7. lib. 9. Recop.

ejecuta á los arrendadores de alcabalas y otros Reales derechos, no se admiten tercerías ni opositores, á menos que no justifiquen por instrumentos públicos ser dueños de los bienes en que fue trabada la ejecucion.

37 Y aunque el Gironda en su docto tratado de Gavelas limita el esplicado privilegio en el dote (1), afirmando que la muger para su pago, como sea anterior, se prefiere al Fisco, y por lo mismo en este caso su tercería es admisible en la ejecucion, sin embargo como la utilidad pública de las dotes no es de tanta consideracion como la utilidad pública del Real Fisco, debe éste ser preferido, y á consecuencia de doctrina no debe admitirse la tercería del dote, á menos que no se justifique con públicos instrumentos ser dotales los bienes en que se hizo la traba.

38 Igualmente siendo admisibles en las ejecuciones, segun leyes de nuestros Reinos (2), todas las escepciones legales que puedan verificarse en el término del encargado, por especial privilegio de moderna disposicion recopilada, cuando el Real Fisco ejecuta por sus derechos únicamente es admisible la escepcion de pago ó adempcion del derecho de percibir sus Reales derechos.

39 En la misma forma (3), mandándose por las Reales leyes de Partida y Recopilacion que la ejecucion primeramente se trabe en bienes muebles, y en su defecto en raíces, por especial privilegio de posteriores leyes recopiladas, cuando el Fisco ejecuta por sus Reales derechos, se hace la traba en los bienes mejores y mas bien parados del deudor que con mayor facilidad puedan venderse.

40 Asimismo, estando prevenido por ley del Reino que en las ejecuciones los bienes muebles se subasten y rematen en el término de nueve dias (4), y los raíces en el de veinte y siete, por especial privilegio de posterior disposicion recopilada, cuando el Fisco ejecuta por sus Reales derechos, deben

(1) Gironda de Gabelis, 4. part. §. 1. num. 20. D. Boler. ibid. num. 25.

(2) Ley. 1. y 2. tit. 21. lib. 4. Recop. (*ó 3. y 1. tit. 28. lib. 11. de la Nov.*) ley 15. tit. 7. lib. 9. Recop.

(3) Ley 3. tit. 27. part. 3. ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop. (*ó 12. tit. 28. lib. 11. de la Novis.*) ley. 18. y 19. tit. 7. lib. 9. Recop.

(4) Idem.

subastarse los muebles dentro de tercero dia, y los raíces en el término de nueve.

41 Igualmente, ordenándose por disposicion (1) de derecho y Real ley de Partida el que á ninguno contra su voluntad se obligue á comprar ó vender, por especial privilegio de Real disposicion, siempre que el Fisco ejecuta á los arrendadores de sus Reales derechos, y no hay postores ó compradores de los bienes ejecutados, se aprecian éstos, y obliga á los vecinos ricos de aquel pueblo á que los compren, aun cuando fuese contra su voluntad.

42 Téngase presente que el Acevedo afirma (2) que esta recopilada disposicion moderna es especial, y literal solo para este caso, y únicamente adaptable por privilegio al Fisco cuando ejecuta por sus Reales derechos; en cuyo supuesto, no habiendo quien remate los bienes ejecutados á los arrendadores de estos Reales derechos, puede obligarse á los vecinos ricos del pueblo á que contra su voluntad los compren, y asi condena por caprichuda y perniciosa la práctica de aquellos Jueces pesquisidores que obligan á los vecinos ricos del pueblo á que contra su voluntad compren los bienes embargados á reos por sus delitos.

43 Como consecuencia legítima de este privilegio concede otra recopilada (3) disposicion moderna del Reino á estos compradores otro no menos especial; pues disponiendo la Real disposicion recopilada el que siempre que en los contratos de venta hay lesion en mas de la mitad del justo precio, pueda el agraviado intentar la rescision del contrato dentro del término de cuatro años, por especialidad en estas ventas coactas hechas contra la voluntad de los compradores, aunque haya en ellas lesion enorme, no há lugar á rescindirlas.

44 Asimismo, estando ordenado por repetidas disposiciones jurídicas que la escepcion de no entregada la cosa ó parte de ella (4) obsta á la ejecucion por especial privilegio de la ley

(1) Leg. Invitum, C. de Contrahend. empt. ley 3. tit. 5. part. 5. ley 18. y 19 tit. 7. lib. 9. Aceved. in Glos. ad leg. 18. tit. 7. lib. 9. num. 4. y 5.

(2) Acev. ibidem.

(3) Ley 1. tit. 11. lib. 4. Recop. (*ó 1. tit. 5. lib. 11. de la Novis.*)

(4) Leg. Julianus 13. ff. De actionib. empt. §. Offerri, ley 21. Cod. De pactis, ley 34. tit. 5. part. 5.

Real de Partida, cuando el Fisco da en arrendamiento sus rentas con obligacion de hacer entrega de lo anejo á su contrato, no es admisible esta escepcion aunque haya faltado á la entrega de alguna cosa.

45 Igualmente siendo comun recibida legal regla que la ejecucion no tiene lugar contra los terceros poseedores (1) que por título particular, ó universal se les transfirió el dominio por especial privilegio, cuando el Real Fisco intenta el cobro de sus Reales derechos, puede deducir la via ejecutiva contra los terceros poseedores de los bienes obligados por los arrendadores de sus Reales derechos, pudiendo derechamente pedir contra estos terceros sin necesidad de citarse el principal deudor.

46 Como por uno de los capítulos de la Real disposicion recopilada está mandado (2) que los arrendadores de los Reales derechos declaren los consocios y partícipes en el arrendamiento, se infiere con legitimidad que el Fisco, por especial privilegio, puede repetir para el pago derechamente contra estos partícipes, aunque con ellos no haya celebrado literalmente el contrato.

47 Bien que si el arrendamiento lo hiciese una persona espresando era para cederle en otro sujeto, y el cesionario con autorizada aprobacion del Real y supremo Consejo diese fianzas, solo éste queda obligado, y no el primero que remató; y por lo mismo cuando no se arrienda con facultad espresa de ceder, sino es que privadamente los primeros arrendadores subarriendan á otros, quedan todos eficazmente obligados al Fisco; y reconvenidos los primeros al pago, no ejecutándole, deben ser reconvenidos los segundos.

48 Aunque por la disposicion de derecho está prevenido (3) el que en la cosa vendida ó dada á dos sujetos en diversos tiempos se prefiera aquel á quien se le hizo entrega de ella aunque sea posterior, se advierte el que si uno de estos dos concurrentes fuese el Real Fisco, se prefiere aunque al otro se le hubiese hecho esta entrega posterior; porque la dis-

(1) Ley 1. per tot. tit. Cod. Quibus res judicat. non nocet, ley 27. tit. 11. cap. 11. lib. 9. Recop.
(2) Dicha ley, cap. 3. D. Boler. ibid. num. 20.
(3) Ley 15. Quoties, Cod. De reivind. D. Boler. tit 5. quæst. 19.

posicion de derecho debe entenderse cuando no se contrae con hipoteca; y como el Fisco en todos sus contratos tiene á su favor tácita legal hipoteca, se infiere el que debe ser preferido en concurso á la cosa vendida, donada &c. á otro cualquiera privado, sin embargo de que á éste se haya hecho entrega posteriormente de ella.

49 Supuesto el concepto esplicado al fin del párrafo quince, y supuesto tambien que el depósito irregular es cuando se deposita una cantidad numerada, que por la mezcla y confusion con otras del depositario (1) queda éste dueño de ella, ó cuando la cosa depositada feneció y no subsiste, en cuyos dos casos se prefieren al deponente los acreedores hipotecarios en los bienes del depositario, se advierte el que asimismo se prefieren al deponente los acreedores personales de accion privilegiada ó de tácita hipoteca; v. gr. el que prestó para fabricar ó armar nave, ó para reedificar casa: los pupilos, y las señoras por sus dotes; y como (volviendo al asunto) el Real Fisco se prefiere á todos estos acreedores de accion personal privilegiada, se infiere, á consecuencia de comun legal regla, el que con superior razon será preferido al deponente de depósito irregular, no solo para la exaccion de sus adeudados Reales derechos, sino tambien cuando intenta recobrar de algun delincuente el daño ocasionado en las cosas fiscales.

50 En la misma conformidad, si los Tesoreros (2), Recaudadores ó Administradores de Reales derechos por sí y en su nombre depositasen las sumas fiscales en poder de un comerciante, y éste diese en quiebra, puede el Fisco recobrar las cantidades depositadas con preferencia á los acreedores personales anteriores.

51 Es tambien especial privilegio del Real Fisco el que avoque y traiga á su propio Juez privativo el conocimiento de las generales causas de concurso (3) formadas por sus deudores, y esto sin embargo de la doctrina comun por la que se manda que todos los acreedores de fuero privilegiado deben

(1) D. Boler. tit. 5. quæst. 21. num. 11. y 17. ley 9. tit. 3. part. 5. ley 14. §. 2. ff. De diversis temp. præscript.
(2) D. Boler. ibid. num. 51.
(3) D. Salg. part. 1. cap. 7. num. 14. y part. 2. cap. 2. num. 52.

comparecer y litigar ante el Juez del deudor en cuyo tribunal formó el concurso.

52 Supuesta la preferencia del Real Fisco (1) y los especiales privilegios de que goza para el pago de sus Reales haberes, ocurre la grave duda originada por la disposicion de derecho, donde el Jurisconsulto, hablando del Fisco, espresa no juzgar por delito el que en los casos dudosos con facilidad se determine contra el Fisco; de lo que es legítima consecuencia: luego en los casos dudosos se puede facilmente determinar contra el Fisco: luego en los casos dudosos no tiene el Fisco privilegio, antelacion ni preferencia.

53 A esta duda resuelven nuestros sabios (2) el que la sentencia del docto Jurisconsulto es admisible, y tiene lugar cuando el Real Fisco tiene ó intenta el cobro de créditos procedentes por contratos ó causas lucrativas en competencia de acreedores privados; cuyos créditos procedan de contratos ó causas onerosas; pues entonces, en duda, debe determinarse á favor de los acreedores, no siendo ni juzgándose delito el determinarse contra el Fisco; pero si éste fundáre su derecho en obligacion que descienda de contrato oneroso, en duda, debe preferirse á los acreedores de título lucrativo, y en este caso fuera delito el determinar en duda contra el Fisco.

54 Siendo confirmacion de esta doctrina la disposicion de derecho (3) donde se resuelve el que si se probase que un padre hizo donacion de sus bienes antes que se obligasen al Real Fisco, no se rescinde la donacion á menos que no fuese hecha en fraude de acreedores; infiriendo de aqui nuestros prácticos el que el donatario para preferirse al Fisco debe probar que su donacion fue anterior á la obligacion fiscal, porque si no lo probase, ó estando en duda, debe preferirse el Fisco.

55 Y asi en los dos casos que pueden ocurrir, uno cuando con el Fisco concurre el donatario, y el otro cuando éste es reconvenido por el Fisco, mediante la accion Pauliana revocatoria de lo enagenado en fraude de acreedores, estando en ambos el donatario en la posesion para que se prefiera en el

(1) Leg. Non puto, ff. de Jur. Fisci.
(2) D. Boler. tit. 5. quæst. 17. Ant. Gom. in leg. 9. Taur. num. 25.
(3) Ley 1. Cod. De jure Fisci. D. Boler. ibid. num. 8.

primero y quede absuelto en el segundo, debe con precision probar que su donacion efectiva precedió á la obligacion fiscal; pues no probando, ó en duda, debe preferirse y obtener respective el Real Fisco: bien que (como se ha supuesto) ha de verificarse que el crédito fiscal provenga de contrato oneroso, y el acreedor concurrente ó reconvenido funde su derecho en título lucrativo, cual es la donacion.

56 Otra duda puede oponerse á esta doctrina, no olvidando la que queda sentada en la sesta limitacion, párrafo once, de que los acreedores hipotecarios posteriores por causa onerosa se prefieren á los hipotecarios anteriores de causa lucrativa, de que puede muy bien inferirse: luego si en la especie de los dos propuestos casos el Fisco es acreedor por causa onerosa y siempre hipotecario, segun la doctrina del párrafo treinta y cuatro, y el donatario acreedor por causa lucrativa, ya queda esplicado por el párrafo once citado que el Fisco, aunque posterior, debia preferirse al donatario, sin necesitar para ello del especial privilegio de la ley primera citada, bastándole su cualidad indeleble de acreedor siempre hipotecario, y al presente por causa onerosa.

57 Esta duda puede satisfacerse de dos modos: uno, teniendo presente (1) el que aunque la opinion mas comun es la que queda sentada al párrafo once, de que el acreedor hipotecario posterior por causa onerosa se antepone al hipotecario anterior de causa lucrativa, con todo la opinion contraria de que siendo los dos acreedores hipotecarios debe preferirse el primero en tiempo, es tambien comun y seguida de los autores que en su contra cita el señor Carleval: por esto, si por las circunstancias ocurrentes pareciere justo el seguir esta opinion, se advertirá el que aun en estos términos si concurriesen el Fisco y donatario en las dos propuestas especies, debe probar éste que la donacion fue anterior, y no probándolo, ó en caso de duda, debe preferirse el Fisco.

58 El segundo modo, mas legal y propio para dar solucion á la duda, es el que en el caso de la citada ley primera (2) no concurre el Fisco con acreedor y sí con el dueño,

(1) AA. citat. à D. Carlev. de Judic. tit. 3. disp. 3. num. 1.
(2) Carlev. ibid. num. 29.

pues por la donacion ya el donatario adquirió el dominio en los bienes, por lo que aunque el Fisco concurra contra los bienes del deudor que hizo donacion, no puede intentar su accion hipotecaria contra los bienes donados que ya estaban fuera del dominio y patrimonio del deudor al tiempo de contraer la obligacion Fiscal, ni tampoco puede intentar contra el donatario la accion rescisoria Pauliana ó revocatoria, porque la donacion no pudo ser hecha en fraude de la obligacion fiscal cuando ésta aún no se habia contraido; y asi, como el donatario pruebe que su donacion fue anterior á la obligacion fiscal, debe ser preferido y absuelto de la accion rescisoria, quedándole al Fisco su especial privilegio, en que no haciendo esta prueba el donatario, ó en duda, debe obtener.

59 A esta tan legítima y segura solucion puede oponerse la réplica de que los acreedores de título lucrativo todos son dueños de la cosa, v. gr. el donatario, cesionario &c., y si por el dominio deben ser preferidos, ya no hay términos hábiles en que fundar la duda de si serán preferidos los acreedores hipotecarios posteriores de causa onerosa á los anteriores hipotecarios de causa lucrativa, pues ya estos como dueños, y por razon del dominio adquirido mediante la donacion, cesion &c., se prefieren á los demas acreedores; y asi parece que fue ociosa la fatiga de tan sabios jurisconsultos que ventilaron en cuestiones el *utrum* de si el acreedor posterior hipotecario de causa onerosa era preferido al anterior hipotecario de causa lucrativa; pues quedaba decidido el punto con sola la espresion de que estos acreedores de título lucrativo, por razon de su dominio, eran preferidos, y como dueños, de nadie antepuestos á conformidad del mas comun legal concepto.

60 A esta réplica se satisface (1) manifestando el que los sabios que agitaron la cuestion propuesta, la pusieron en términos hábiles, sin que le obste la antecedente réplica; para cuya inteligencia es de advertir que donacion efectiva y perfecta, ségun la comprenden los sabios jurisconsultos, no solo es el contrato, estipulacion ó promesa, sí tambien la entrega de los bienes donados ó posesion tomada por el donatario; y de este modo se comprende la donacion de la ley primera

(1) Carlev. ibid. num. 35.

citada; pero cuando entre el contrato de donacion y la entrega ó posesion de la cosa donada media algun tiempo, y en este se contrae por el donante obligacion onerosa á favor de algun acreedor de hipoteca, entonces tiene con propiedad lugar la duda de si este acreedor hipotecario posterior por contrato oneroso se prefiere al donatario como acreedor hipotecario anterior por causa lucrativa, y la resolucion mas comun, en medio de las dos contrarias opiniones, es el que se prefiere el acreedor posterior al donatario que no se le habia entregado la cosa ó tomado posesion al tiempo del contrato oneroso.

61 Y aunque podia estrecharse la réplica (1) con que en las donaciones, liberaciones de débito y demas contratos de esta naturaleza lo mismo es la obligacion que su efecto, distinguiendo de respetos, queda satisfecho el reparo; pues aunque es cierto que el donante por solo su contrato queda eficazmente obligado á cumplir y hacer su donacion al donatario, tambien lo es el que esta donacion *in via* y sin efecto no perjudica á los acreedores hipotecarios que contrajeron con el donante, obligándose éste con hipoteca de sus bienes en aquel tiempo que media entre el contrato de donacion y la entrega ó posesion de los bienes donados. Mas claro: la donacion fue eficaz respecto del donante y donatario, pero no respecto de los acreedores hipotecarios que, mediante título oneroso, contrajeron con el donante en aquel tiempo que media entre el contrato de donacion y su entrega.

62 Y por consecuencia de tan segura doctrina se infiere (2) el que en los dos casos de la ley primera citada en que el Fisco concurriese ó intentase la accion revocatoria contra el donatario, verdadero dueño de la cosa donada por el contrato, y entrega ó posesion, goza del especial privilegio de deber el donatario probar que fue la donacion y entrega anterior á la obligacion Fiscal; cuya especialidad se demuestra teniendo presente el ser principio sentado que cuando los acreedores hipotecarios intentan su accion para el pago de lo que se les adeuda, deben probar que la hipoteca era del deudor al tiempo de

(1) Ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop. (*ó 1. tit. 1. lib. 10. de la Novis.*) Ant. Gom. cap. 4. de Donat. n. 3.

(2) D. Boler. ibid. num. 14.

su obligacion, lo que por disposicion de dicha ley, en los dos casos que comprende, no se entiende con el Real Fisco, porque el donatario debe probar que cuando se hizo la obligacion Fiscal ya se habia egecutado la donacion y entrega de los bienes donados, porque en duda debe obtener el Fisco.

63 Por la disposicion de derecho está prevenido el que hipotecando cualquiera deudor tienda, taberna ó botica (1), subsiste la hipoteca en los efectos que se encuentren en ella: bien entendido que vendidos singularmente y de por sí los efectos, se estingue la hipoteca de ellos, escepto los vendidos asi singularmente despues de principiado el juicio; pero si se vendiese el todo ó parte de tienda, taberna ú otro semejante cuerpo universal, persevera la hipoteca en el todo ó parte vendida, pudiendo el acreedor, á cuyo favor se otorgó, repetir contra cualquier tercero comprador ó poseedor, para hacerse cobro del cuerpo universal vendido, ó parte; pero no de los que menuda, particular y singularmente se venden; cuya disposicion de derecho, como comun á todo acreedor hipotecario en semejantes universales cuerpos, aunque se verifica en el Fisco, siempre que sus deudores poseen estos bienes ó universales cuerpos, tendremos presente que no es por especial privilegio, y sí por aquella disposicion legal; cuya advertencia nos servirá tal vez para dar solucion á alguna duda que pueda ocurrir en adelante.

TERCERA ESPECIE DE UTILIDAD PÚBLICA.

64 A la tercera especie de utilidad pública (rumbo seguro de la preferencia) (2) corresponde el cobro y reintegro de las señoras en sus bienes dotales disipados por sus maridos; y antes de notar los grados de su preferencia, es indispensable apartar una duda que inmediatamente resulta contra el método que llevamos establecido, colocando al Real Fisco en la segunda especie de utilidad pública, y á las señoras, por sus dotes, en la tercera, postergándolas en el pago del dote al cobro de reales haberes. La duda es esta: segun la disposicion

(1) Leg. Cum tabernam 34. ff. de Pignorib. D. Boler. tit. 5. quæst. 22.
(2) Ley 2. Cod. de Priv. fisci, leg. 29. et 33. tit. 13. part. 5.

de derecho el Fisco y la dote son iguales, ibi: *Dos et Fiscus pari passu ambulant.* Luego siendo iguales no parece cierta la preferencia del Fisco á la dote, ni seguro el método de colocar el cobro de reales haberes en la segunda especie de utilidad pública, con antelacion al reintegro de la dote colocado en la tercera especie.

65 La satisfaccion á la propuesta duda y seguridad del método esplicado, consiste en tener presente que por las Reales leyes de Partida (1) y sus autorizadas glosas, tienen el Real Fisco y la dote una general igualdad de hipoteca en todos los contratos que celebran; y asi ambos son generalmente acreedores iguales de hipoteca, y por lo mismo, concurriendo uno y otro, debe preferirse el primero en tiempo: bien que si por especial disposicion de derecho ó ley Real tuviese el Fisco ó la dote, en algun caso, particular privilegio, será preferido el acreedor privilegiado; y como (respondiendo á la duda) todos ó la mayor parte de los casos propuestos en la segunda especie de utilidad pública en que tiene el Real Fisco preferencia al reintegro de las dotes, proceden de especial privilegio de las disposiciones de derecho y Reales leyes, se infiere por consecuencia legítima su preferencia y la seguridad del establecido método en anteponer el Fisco, por su privilegio, á las señoras para el reintegro de sus dotes, dejándoles generalmente iguales en las hipotecas de sus contratos, para que se verifique la disposicion legal, por la que (ínterin no acelere algun respectivo privilegio) caminan á igual paso.

66 Si en esta igualdad de hipotecas (2) y fuera de todo privilegio se dudase cuál fue el primero en tiempo, si el Fisco ó la dote, debe esta preferirse, con tal que el Fisco no se halle en posesion de los bienes del deudor, porque entonces, mediante esta circunstancia, es preferido con antelacion á la dote.

67 Pero si la duda ocurriese entre el Fisco y un acreedor privado, pero no privilegiado (3), entonces será primero el Fisco, como su crédito provenga de causa onerosa y no de lucrativa, como cuando pide contra indignos ó exige penas pe-

(1) Eadem leg. gloss. 2. y 3.
(2) D. Boler. tit. 5. quæst. 15. num. 8. y 9.
(3) D. Boler. ibid. num. 10.

cuniarias por delitos; pues en estos casos debe preferirse el acreedor privado.

68 Y si ambos acreedores lo fuesen por una misma igual causa (1), ya onerosa, ya lucrativa, debe preferirse el Fisco, aun cuando el privado esté en posesion de los bienes del deudor comun. No sucede asi cuando los acreedores son todos privados, porque entonces es primero el que posee.

69 Satisfecho el reparo propuesto (2) al primer paso de la tercera especie de utilidad pública, tendremos presente que despues de haber los sabios jurisconsultos producido en diversos tiempos distintas disposiciones para que las señoras consigan el reintegro de sus disipadas dotes, previniendo el que se prefiriesen en su repeticion, ya á los acreedores mere-personales del marido, ya á los hipotecarios posteriores, ya á los anteriores, en los mismos bienes dotales, y últimamente en cualesquiera bienes del marido, no tuvieron menos cuidado de este legal remedio los legisladores de nuestras Reales leyes, dando á luz diversas recopiladas disposiciones para el reintegro de la dote en los concursos, quiebras y falencia del marido, pues por la Ley de Partida se concede á las señoras tácita legal hipoteca en todos los bienes del marido, estendiendo la misma ley esta prerogativa á otra cualquiera clase de bienes nombrados *parafernales*.

70 Por esta tácita legal hipoteca de la dote se prefiere generalmente la señora á todas las hipotecas anteriores (3) igualmente tácitas; v. g. al acreedor que prestó alguna suma para reedificar casa, guarnecer nave, para alimentos de marineros, para alquiler de almacen, donde se custodiaban los bienes ó efectos del marido, deudor comun, al dueño de la casa que habitaba, y finalmente á todo acreedor que el derecho ó leyes Reales concedieron tácita hipoteca en sus empréstitos y contratos, pues aunque sean anteriores á la dote, este es preferido.

71 No sucede asi en las hipotecas anteriores espresas (4),

(1) D. Boler. tit. 5. quæst. 15. num. 11. y 12.

(2) Ley 1. §. Si sponsa, ff. de Privil. credit. ley 74. Si sponsa, ff. de Jure dotium, ley 30. Cod. de Jure dotium, ley 23. y 33. tit. 15. part. 5.

(3) Ley 26. y 29. tit. 13. part. 5.

(4) Ley 33. tit. 13. part. 5.

porque estas se prefieren á la dote, y por lo mismo si cualquier acreedor de los que comprende el párrafo antecedente, y á quienes por la naturaleza privilegiada de sus contratos les es concedida tácita hipoteca, contrajesen bajo espresa, se preferirá á la dote, como sea la hipoteca de este acreedor anterior.

72 Igualmente gozan las señoras de prelacion y tácita hipoteca en los bienes del marido para reintegro de los bienes parafernales, que son los heredados (1), ademas de la dote; pues como segun las modernas recopiladas disposiciones no pueden las mugeres enagenar bienes algunos, y los maridos tienen la administracion de todos, se conceptúan para la prelacion é hipoteca dotales los parafernales, para que tengan estos iguales prerogativas que aquellos.

73 Asimismo cuando á las señoras les retardan la entrega de la dote mas tiempo del año del luto (2) les corresponde por esta retardacion intereses, y para repetirlos gozan de la misma prelacion y tácita legal hipoteca, bien que á este efecto deben justificar que por la retardacion perdieron lucro ó tuvieron daño.

74 En cuanto á los alimentos debidos á las señoras, ínterin no se les reintegra de su dote, arras, donacion propter nupcias ó antefacto (3), que todo es uno, debemos meditar alguna distincion; pues aunque es cierto que por estos alimentos y arras ó donacion les compete tácita hipoteca, no es con privilegio de prelacion; y asi, si concurriesen en la repeticion de alimentos, arras, donacion ó antefacto otros acreedores del marido que tuviesen la misma tácita hipoteca como iguales y sin privilegio de antelacion, debe preferirse el primero en tiempo; bien entendido que si las arras fueron prometidas por aumento de dote, ya gozan de legal hipoteca y privilegios de prelacion.

75 Como las Reales disposiciones mandan que la mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio corresponde á la

(1) Ley 2. tit. 3. ley 1. tit. 9. lib. 5. Recop. D. Boler. tit. 5. quæst. 4. num. 20.
(2) D. Boler. tit. 5. quæst. 4. n. 15.
(3) D. Boler. ibid. n. 4. et seq.

muger (1), cuyos herederos, en caso de haberlos disipado ó enagenado con dolo el marido, pueden repetirlos de los bienes de éste, se pregunta si para esta repeticion les corresponde tácita legal hipoteca y prelacion, de modo que se igualen en el privilegio los bienes dotales y gananciales, y se responde que no; y asi de los bienes del marido deben ser satisfechos antes todos los acreedores hipotecarios que contrajeron con él despues de haber muerto la muger, pues en las deudas contraidas en vida no admite duda, porque jamás pueden conceptuarse ganancias ínterin no se satisfagan las deudas; de modo que segun la mas fundada doctrina de nuestros sabios, en el presente caso no corresponde á los herederos de la muger hipoteca ni privilegio para el cobro del valor de los bienes gananciales que muerta la muger disipó el marido, y solo les corresponde para el reintegro accion personal; bien que si en ellos subsistiesen en ser los bienes adjudicados por gananciales, como dueños, de ninguno pueden ser preferidos.

76 Respecto de la obligacion del marido y sus herederos en satisfacer y reintegrar la dote (2), de tanto valor es la confesada como la numerada, pues ambas gozan de hipoteca y prelacion; pero respecto de los acreedores no tiene igual valor la confesada, pues aun en el caso de que á la confesion del recibo de la dote haya precedido instrumento de su obligacion y promesa, con todo, como al tiempo de esta confesion se halle el marido gravado de débitos, no perjudica á los acreedores que contrajeron despues de la promesa y antes de la confesion por presumirse simulada y fraudulenta; cuyo legal concepto queda al prudente arbitrio del Juez, combinándole de las ocurrentes circunstancias de débitos y personas; y si al tiempo de la confesion de la dote no estaba gravado el marido con deudas, entonces se conceptúa legítima, y tiene preferencia desde la fecha de la promesa á conformidad de la disposicion que previene que en las hipotecas de la dote se atienda al tiempo de su obligacion y no al de la solucion, entrega ó numeracion.

(1) Ley 2. tit. 9. lib. 5. Recop. (*ó 1. tit. 4. lib. 10. de la Novis.*) ley 47. tit. 28. part. 3. D. Boler. tit. 5. quæst. 5. Joann. Gutier. de Juram. confirmat. part. 1. c. 46.

(2) D. Boler. tit. 5. quæst. 6.

77 Por esta disposicion de derecho se decide la duda desde qué tiempo principia la hipoteca para la restitucion de la dote; esto es, si esta hipoteca se deberá conceptuar (1) desde el tiempo que se prometió la dote, ó desde que el marido la recibió, para determinar en su vista si la señora se prefiere ó pospone á aquellos acreedores que contrajeron con el marido en aquel tiempo que media entre la promesa y entrega: pues como aquella legal disposicion literalmente afirma que en las hipotecas dotales no debe atenderse al tiempo de la solucion ó recibo, y sí al del contrato, promesa ú obligacion, infieren nuestros sabios que la hipoteca dotal principia desde el dia de la obligacion, y por lo mismo cuando disuelto el matrimonio intenta la señora el reintegro de su dote, se retrotrae su hipoteca al dia de la obligacion y contrato, y por lo mismo se prefiere á los acreedores que contrajeron en el tiempo que media entre el contrato y la entrega de la dote.

78 Bien que no es de omitir el que la doctrina sentada es cierta (2), cuando entre el contrato y entrega media (como regularmente acaece) un corto tiempo; porque mediando el de un año ó diez meses ya no se prefiere á dichos acreedores, lo que se debe sublimitar cuando este largo espacio proviene precisamente por naturaleza del mismo contrato y obligacion; v. g. cuando se promete la dote por un consanguíneo que ofrece contraer matrimonio bajo la condicion de si el Papa dispensare; pues en este caso, aunque haya pasado este largo tiempo desde el contrato hasta el matrimonio y entrega de la dote, tiene la señora para la restitucion su hipoteca desde el dia del contrato, con preferencia á los acreedores que contrajeron en el medio tiempo.

79 Asì como la dote goza de la hipoteca legal tácita con el privilegio de prelacion en el matrimonio legítimo (3), en los mismos términos debe gozar de ambos favores en el matrimonio putativo; y esta hipoteca y prelacion pasan, segun la Real disposicion de Partida, á los hijos, y no á los herederos estraños, cesionarios ó particulares sucesores.

(1) Ley 1. ff. Qui potiores in pignore.
(2) D. Boler. tit. 5. quæst. 7.
(3) D. Boler. tit. 5. quæst. 6. num. 19. ibid. quæst. 6.

80 Esta tan privilegiada hipoteca de las señoras la pierden cuando con sus escesivos gastos dieron causa á la decoccion (1) é insolvencia del marido, quedando responsables con su dote al pago de los gastos que escedieron de lo regular, atendida la cualidad de sus personas; cuyo débito debe ser á favor del caudal del insolvente marido, y servirá en parte para satisfacer á los acreedores.

CUARTA ESPECIE DE UTILIDAD PÚBLICA.

81 La cuarta especie de utilidad pública la consideran nuestros sabios (2) en que los vecinos del Reino sean hombres ricos; pues aunque esta circunstancia es útil en particular para cada uno de por sí, con todo es bien comun para las repúblicas, sus contratos y substancias, el que los vecinos sean hombres ricos; cuya circunstancia, aunque los haga dignos de mas particular atencion, no les contribuye cualidad ni privilegio para que en el concurso tengan preferencia á los demas acreedores.

82 Esplicados por sus clases los acreedores privilegiados, distinguidos con sus limitaciones los hipotecarios (3), postergados los mere-personales ó chirografarios, es de advertir que el concurso, entendido segun su voz genérica, se divide en cuatro especies: uno cuando los acreedores concurren á concederle á su deudor moratoria, dilacion, plazo ó espera para que les satisfaga á cierto tiempo íntegros sus adeudados respectivos activos créditos, ó cuando el deudor, teniendo á su favor el mayor número de sus acreedores ó los de mas crecidas sumas, demanda judicialmente, á conformidad de la Real disposicion de Partida, al restante número de acreedores renuentes para que firmen y otorguen la concedida dilacion ó espera.

83 La segunda especie de concurso es cuando los acreedores concurren á conceder á su deudor rebaja de los créditos (4),

(1) D. Boler. tit. 5. quæst. 9.
(2) D. Boler. tit. 5. quæst. 1. num. 11.
(3) Ley 1. tit. 15. part. 5.
(4) Ley 6. ibid.

á fin de que en virtud de esta remision le sea mas fácil el pago, ó cuando el deudor comun, teniendo á su favor el mayor número de acreedores, demanda en justicia, á conformidad de igual Real disposicion de Partida, á los demas acreedores que resisten la rebaja ó remision de parte de sus créditos para que la otorguen segun lo hizo el mayor número.

84 La tercera especie de concurso es cuando un deudor se halla ejecutado por alguno de sus acreedores (1), y los demas comparecen oponiéndose á esta ejecucion, disputando la legitimidad y preferencia; cuyo concurso, aunque de todos estos opuestos acreedores, no escede la esfera de particular.

85 La cuarta especie de concurso, que es el que propiamente se dice general y pleito de acreedores (2), trae su causa y orígen del mismo deudor; y es cuando considerando este las diversas sumas que á diferentes sugetos debe, temiendo las costas y molestias que cada uno le causa ó puede causar en las particulares respectivas egecuciones que instan ó presume que le han de instar, convoca y cita en juicio á todos sus acreedores, haciéndoles cesion y dimision de bienes, á efecto de que cada uno, segun la prelacion, prerogativa ó privilegio de que goza su crédito, sea satisfecho en una sola causa por ante un Escribano, y no con el dispendio, costas y molestias de duplicadas que se actúen por ante distintos Escribanos.

SUSTANCIACION DEL PLEITO DE CONCURSO.

86 Para que este general concurso no adolezca del vicio de ilegítimo, ficticio, simulado y nulo, debe proponerse (3) y formarse bajo seis precisas substanciales circunstancias. La primera, que el deudor comparezca en juicio ante Juez competente, y por pedimento en que refiera las molestias de sus acreedores, dimita y ceda á estos sus bienes, pidiendo que todos sean citados á fin de deducir su derecho y la antelacion de sus créditos. La segunda, que el deudor presente una memoria ó lista firmada de

(1) D. Salg. part. 1. cap. 4. vers. Ad secund. accedamus.
(2) D. Salg. part. 1. cap. 1.
(3) D. Salg. ibid.

su puño en que refiera todos sus bienes. La tercera, que en esta memoria, ó en distinta lista, nombre todos sus acreedores, con espresion de las respectivas sumas que les adeuda. Cuarta, que una y otra nómina, asi de bienes como de créditos, la confirme y autorice el deudor, afirmando bajo la religion del juramento no quedarle en su poder mas bienes, ni tener otros créditos que los comprendidos en la memoria. Quinta, que todos los acreedores, como partes formales del general concurso, sean citados los ciertos en persona, y por edictos los no conocidos. La sesta y última circunstancia es que el deudor tenga á lo menos tres acreedores entre quienes se forme el concurso; porque con uno ó dos no hay términos hábiles en que se funde, y lo repugna el derecho.

87 Asi formado el pedimento del concurso (1), es admisible, y manda el Juez poner en administracion los bienes cedidos, citando á los acreedores en persona y fijando edictos para los inciertos, y se sustancia la causa por los términos que en su lugar se dirán. Este administrador debe ser nombrado con las calidades prevenidas por las leyes que notan nuestros prácticos, y deberá dar la correspondiente fianza con que asegure su fiel administracion y cuenta con pago de ella. Su principal encargo será cuidar y cultivar las haciendas del deudor, ó arrendarlas, percibir sus frutos ó los arrendamientos, poner en custodia los caudales, y pagar, mediante libramiento, lo que se mande; y en órden á cobrar los débitos, se tendrá presente si á este fin se dió comision por los Jueces superiores donde pende el concurso, ó si este fue formado ante el inferior, porque aunque en el primer caso tiene el administrador facultad para cobrar los débitos pertenecientes al deudor, no asi en el segundo.

88 El general concurso puede serlo de dos modos; uno *voluntario* como es el antecedente, y otro *necesario* cual es el que se forma por fuga ó quiebra del deudor ó por muerte de éste, siendo el que mas regularmente sucede cuando fallecen los comerciantes, quienes comunmente tienen mas créditos que haberes; y por lo mismo pondremos en este caso el concurso y su legal sustanciacion hasta el efectivo pago de todos sus acreedores.

(1) D. Salg. part. 1. cap. 13. n. 20. 32. 54. y 55.

89 Y en este concepto supóngase que falleció un comerciante cuyo caudal en efectos, bienes y créditos activos solo ascendió á ocho mil y cuatrocientos pesos, dejando por sus acreedores al párroco en cantidad de mil pesos adeudados por diezmos: al Real Fisco por otros mil pesos de derechos debidos por razon de alcabalas: á su muger por otros mil de la dote confesada y numerada antes de celebrárse el matrimonio, y consumida durante él: al dueño de la casa que en vida habitó el difunto otros mil de alquileres devengados: á don Pedro García otros mil que le prestó para reedificar el almacen donde se custodiaban los efectos existentes: á don Lorenzo Sanchez otros mil bajo escritura de hipoteca, con fecha de dos de Mayo de mil setecientos cincuenta y siete, pero con tal condicion ó plazo, que se verificaba ó cumplia en primero de Agosto del propio año: á don Juan Gonzalez otros mil bajo de igual escritura, con hipoteca otorgada en dos de Junio del mismo año de mil setecientos cincuenta y siete: á don Antonio Lopez otros mil que prestó al difunto para comprar tales bienes (que existen) con hipoteca de ellos para el pago del empréstito, su fecha en primero de Enero de mil setecientos cincuenta y ocho: á Gregorio de Andújar por trescientos pesos de un vale, cumplido con fecha del mes de Diciembre del año de mil setecientos cincuenta y cinco: á Francisco Zabala de doscientos pesos por otro vale cumplido de primero de Agosto de mil setecientos cincuenta y seis, y á Salvador Rodriguez de cien pesos por otro vale cumplido de siete de Abril de mil setecientos cincuenta y siete.

90 En este caso, con noticia del fallecimiento (1), nombra el Juez defensor á los bienes, y con su citacion se sujetan á inventario, y dándoles el valor por aprecios y formando balance de los créditos activos y pasivos, se fijan edictos llamando á los acreedores no conocidos, para que en juicio justifiquen la legitimidad de sus respectivos créditos, y aleguen de su preferencia. Adviértase que estas voces curador *ad bona*, defensor de los bienes y administrador, son sinónimas, unas mismas y sin diferencia en el presente asunto del concurso. De-

(1) D. Salgad. part. 1. cap. 13. num. 3. y 10. vers. Unum tamen. D. Salgad. ibid. §. 1. num. 11.

be tambien advertirse que el administrador es rigurosamente depositario de los bienes del concurso, y con esta inteligencia se procede en su sustanciacion.

91 A este efecto luego que se proveyó el traslado por su órden á los acreedores, recibe los autos el párroco, formando el alegato de justicia del siguiente método. *V. en méritos de justicia se ha de servir declarar á mi parte por legítimo acreedor del difunto N. en cantidad de mil pesos que le quedó debiendo por razon de los diezmos en tales frutos, mandando que para su pago se le gradúe en primer lugar con preferencia á los demas acreedores, condenando en costas al caudal de dicho deudor; pues como lo pido, procede y es de hacer &c.*; y se prosigue con las cláusulas regulares y capítulos que en los antecedentes alegatos queda notado, refiriendo las doctrinas que le dan su preferencia.

92 A este pedimento manda el Juez que *corra el traslado á los demas acreedores*, y notificados, forman por su órden los correspondientes respectivos alegatos en el mismo método que el párroco, pidiendo se les declare por tales acreedores, y gradúe con preferencia en el pago, presentando juntamente cada uno en estos recíprocos escritos los documentos justificativos de sus créditos, é impugnando (si hubiese legal motivo) no solo la antelacion, sí tambien la legitimidad de los créditos deducidos en juicio, por ser interés comun de los acreedores el que se excluyan los que no fuesen lejítimos, y haya menos á quienes se haga el pago.

93 Luego que por los acreedores fueron presentados sus alegatos (1), *se há la causa por conclusa y se recibe á prueba*, en cuyo término se comprueban los instrumentos, presentan interrogatorios y se hace todo el demas género de prueba que se necesite para justificar los dos precisos estremos de legitimidad y preferencia del crédito; advirtiendo que aunque por ley del reino las confesiones del deudor y reconocimiento de sus vales, ú otras cualesquiera escrituras privadas, son prueba eficacísima del crédito, elevándole á la esfera de ejecutivo, no empero perjudican á los acreedores que niegan ó disputan la legiti-

(1) D. Salgad. part. 1. cap. 14. num. 21. y cap. 16. num. 45. Parlad. lib. 2. part. 1. cap. fin. §. 5. in fine.

midad, verdad y fuerza de los créditos, y asi en estas circunstancias no debemos confiarnos en la confesion ó reconocimiento del vale, y sí se hará prueba de la certeza del crédito.

94 Cumplido el término de prueba (1) y hecha publicacion de probanzas, se pronuncia sentencia en el siguiente ó semejante método. *En el pleito y causa que ante mí ha pendido y pende entre partes, de la una* (aqui todos los acreedores), *y de la otra N. defensor de los bienes de N. difunto, ó ausente, sobre el pago y preferencia de sus adeudados créditos, sus procuradores en su nombre = Fallo, atento á los autos y méritos del proceso á que me refiero, que debo de declarar y declaro por legítimos á dichos acreedores, y en su consecuencia debo de mandar y mando se les haga pago; en primer lugar á N. párroco, de los mil pesos debidos por razon de diezmos. En segundo á N. administrador de Rentas, de los mil pesos adeudados á la Real Hacienda por alcabalas. En tercero á N. viuda del deudor, de la cantidad deducida por razon de su dote. A N. dueño de la casa, en cuarto lugar por la cantidad demandada, importe de sus alquileres. En quinto lugar á don Pedro García, por los mil pesos que le prestó para reedificar el almacen donde se custodian los efectos del difunto. A don Antonio Lopez en sesto lugar, por los mil pesos que prestó al difunto para comprar los bienes existentes con hipoteca de ellos para el pago, su fecha en primero de Enero de mil setecientos cincuenta y ocho. En séptimo lugar á don Juan Gonzalez, por los mil pesos que se le deben, bajo de hipoteca otorgada en dos de Junio de mil setecientos cincuenta y siete; bien entendido que el pago á éste sea bajo fianza de acreedor de mejor derecho, para en el caso de verificarse la condicion ó cumplirse el plazo, bajo cuyas circunstancias se le debe á don Lorenzo Sanchez, acreedor anterior hipotecario. En octavo lugar á dicho don Lorenzo, por los mil pesos debidos con hipoteca otorgada en dos de Mayo del citado año mil setecientos cincuenta y siete, y cumple su condicion ó plazo en primero de Agosto del mismo año. Y á Gregorio Andújar, Francisco Zabala y Salvador Rodriguez, todos tres acreedores chirografarios mere-personales, á prorata entre sí, respectiva á sus créditos y caudal restante del difunto, sin preferencia ni antelacion. Y por esta mi sentencia difiniti-*

(1) §§. 19. 22. 64. 10. 6. 7. 101. 102. et 3. hujus quartæ partis.

vamente juzgando, asi lo pronuncio y mando, con costas en que condeno al caudal comun.

95 Siendo, segun la especie propuesta, el caudal de este deudor ocho mil y cuatrocientos pesos, y los créditos graduados en la sentencia de ocho mil (1), supóngase que las costas de la sustanciacion importaron cien pesos, y que para pagar á los acreedores mere-personales sus créditos, que suman seiscientos pesos, solo restan trescientos de caudal; en estas circunstancias para el prorateo y distribucion, arreglada conforme al capital de cada uno de estos personales acreedores, deben todos sus créditos hacerse una suma ó cúmulo y dividirlo en partes: asimismo el caudal que resta debe hacerse otra suma y dividirla en tantas partes como son las del crédito, y bajo este concepto se dan á cada acreedor personal tantas partes del caudal cuantas tiene de crédito, sintiendo cada uno á proporcion de lo que se le debe igual pérdida.

96 Y asi siendo trescientos pesos los adeudados á Gregorio Andujar, doscientos los que se deben á Francisco Zabala, y ciento los de Salvador Rodriguez, unidas y hechas un cúmulo estas tres cantidades, hacen la suma de seiscientos pesos, y dividida en partes de á ciento cada una hacen seis, y siendo el caudal restante del deudor solo trescientos pesos, deben hacerse otras seis partes de á cincuenta pesos cada una, en esta forma: Gregorio, acreedor de trescientos pesos, que hacen tres partes de aquellas seis en que se dividió el crédito, cobra otras tres de aquellas seis en que se dividió el caudal, y asi percibe ciento y cincuenta pesos que importan las tres partes del caudal de á cincuenta pesos cada una: Francisco Zabala, acreedor de doscientos pesos, que hacen dos partes de las seis en que se dividió el crédito, cobra otras dos partes de aquellas seis en que se dividió el caudal, y asi percibe cien pesos que importan las dos partes de á cincuenta pesos cada una: y finalmente, Salvador, acreedor de cien pesos, que hacen una parte de aquellas seis en que se dividió el cúmulo de los créditos, cobra otra parte de aquellas seis en que se dividió el caudal, y asi percibe cincuenta pesos, que es el importe de cada una parte de dicho caudal.

(1) Ley 11. tit. 14. part. 5. D. Salgad. part 2. cap. 4. num. 158.

97 Por estas tan bien medidas líneas para el prorateo, justa y equitativa distribucion de caudal, no suficiente para el pago de todos los créditos personales, ya se advierte que todos estos acreedores sienten respective igual daño que beneficio, pues el que cobra mas, pierde mas, como se nota en Gregorio, acreedor de trescientos pesos, que percibe ciento y cincuenta y pierde otros tantos, *et sic de ceteris*. Téngase presente que este prorateo y distribucion debe hacerse tambien cuando concurriesen acreedores en todo iguales entre sí, ya sean hipotecarios, ya privilegiados, y el caudal del deudor no basta para integrar los pagos: téngase tambien presente el que en algunos tribunales hay la práctica de hacer el prorateo y distribucion entre acreedores personales ó iguales entre sí, á sueldo por libra.

98 Aunque no encontramos cita del modo en la prorata y distribucion entre acreedores (1) iguales entre sí ó mere-personales, cuando las cantidades debidas contienen quebradas sumas, no obstante siguiendo el mismo rumbo de cobrar y perder mas á proporcion del mayor crédito, se podrá facilmente ocurrir á la duda, y asi deberá siempre hacerse un cúmulo de todas las sumas debidas dividiéndolo en partes iguales, y ejecutándose lo mismo con el caudal del deudor, de él se darán tantas partes á cada acreedor cuantas le corresponde de crédito.

99 Supóngase v. g. que los créditos entre sí iguales ó personales son tres: uno de ciento y treinta pesos: el segundo de ciento y veinte; y el tercero de ciento y diez, que sumados hacen el cúmulo de trescientos sesenta, y divididos en partes de á diez pesos cada una componen treinta y seis partes. Supóngase tambien que el caudal del deudor solo son ciento cuarenta y cuatro pesos, y divídase en otras treinta y seis partes de á cuatro pesos cada una: bajo este supuesto al acreedor de los ciento treinta pesos corresponden trece partes de aquellas treinta y seis en que se dividió y partió el cúmulo de los créditos, y por lo mismo debe cobrar trece partes de aquellas treinta y seis en que tambien se dividió y partió el caudal del deudor: al acreedor de los ciento y veinte pesos le correspon-

(1) Leg. Unica, Cod. de Errore calculi.

den doce partes de aquellas treinta y seis en que se dividió el cúmulo de los créditos, y por lo mismo debe percibir otras doce partes de aquellas treinta y seis en que se dividió el caudal; y últimamente al acreedor de los ciento y diez pesos corresponden once partes, que son las restantes á aquellas treinta y seis en que se dividió el cúmulo de los créditos, y por esto debe percibir las once partes restantes de aquellas treinta y seis en que se dividió y partió el caudal.

100 Por este plan de distribucion y prorateo ya se advierte el que cada uno de estos acreedores á proporcion de la mayor cantidad que cobra, pierde mas; pues el acreedor á quien corresponden las trece partes del crédito cobra cincuenta y dos pesos que importan las trece partes del débito, y pierde setenta y ocho pesos que hacen diez y nueve partes con media: y el acreedor de las doce partes de crédito cobra cuarenta y ocho que importan las doce partes del débito, y pierde setenta y dos pesos que hacen diez y ocho partes; y el acreedor á quien corresponden once partes de crédito cobra cuarenta y cuatro pesos que importan las once partes del débito, y pierde setenta y seis que hacen diez y seis partes con media, salvo error de suma ó pluma.

101 Ya se habrá notado que en la sentencia se mandó (1) que el pago á don Juan Gonzalez fuese bajo fianza de acreedor de mejor derecho; pero fue porque todos los acreedores condicionales ó *in diem*, que por sus privilegios ó hipotecas anteriores debian satisfacer primero, no quedan seguros para cobrar á su tiempo, sino es que el acreedor posterior á quien se le hizo pago diese fianza de acreedor de mejor derecho; y como don Lorenzo Sanchez, acreedor *in diem*, cuyo plazo cumple en primero de Agosto, una vez verificado, debe ser pagado antes que don Juan Gonzalez, por ser aquel primero en tiempo, atendidas las fechas de sus obligaciones hipotecarias (pues la de don Lorenzo fue en dos de Mayo de mil setecientos cincuenta y tres, y la de don Juan Gonzalez en dos de Junio del mismo año), por esto fue arreglada y justa la cláusula de la sentencia, por la que se man-

(1) D. Salgad. part. 1. cap. 8. num. 52.

dó que el pago á Gonzalez fuese dando éste fianza de acreedor de mejor derecho.

102 Otorgada ésta, verificada la condicion (1), ó cumplido el plazo del acreedor *in diem*, intenta éste la correspondiente accion revocatoria, pidiendo se apremie y obligue á aquel acreedor de grado posterior, y á quien se le hizo pago de su crédito ya vencido, á que le satisfaga su respectiva adeudada suma de la cantidad que percibió bajo fianza de acreedor de mejor derecho; y en este juicio de revocatoria deberá el acreedor reconvenido pedir se cite á los demas acreedores que por su órden posteriormente fueron graduados, para que la sentencia ó providencias dirigidas á la revocacion de la suma que percibió bajo dicha fianza, y reintegro del acreedor *in diem*, ya que le perjudique para hacer el pago demandado por la revocatoria, le favorezca tambien para reïntegrarse, y revocar del inmediato graduado acreedor posterior su cantidad, y éste ejecutará lo mismo; de modo, que no habiendo caudal bastante, venga á sentir (pero justamente) el perjuicio el último acreedor.

103 Asimismo se habrá notado que el concurso y sentencia de graduacion ha comprendido al Real Fisco (2), sin embargo de lo que dejamos sentado en el párrafo cincuenta y uno de que el Fisco goza el especial privilegio de atraer y revocar á su Juez privativo todas sus causas, siendo actor ó reo, y aun las de concurso formadas por sus deudores ante sus Jueces, lo que ha sido por dos motivos; uno por si acaso el contrato fuese formado ante el Juez privativo del Real Fisco; y el segundo para esplicar con método mas claro el lugar y graduacion de su preferido crédito; pero siempre debe estarse en el seguro concepto de que el Fisco por sus verdaderos justificados créditos tiene el referido especial privilegio de avocar á su Juez privativo la causa de concurso formado por su deudor.

104 Y para que los acreedores no sientan los graves perjuicios (3) y molestas dilaciones que origina la remision de

(1) D. Salgad. part. 3. cap. 14. per totum.
(2) D. Salgad. part. 1. cap. 7. num. 19.
(3) D. Salgad. ibidem.

autos del Juez del concurso al privativo del Fisco, es práctica laudable el que por convenio de todos los acreedores, ó la mayor parte en número ó cantidades, se le haga pago al Real Fisco, y de este modo, separado ya del concurso, se actúen las diligencias de sustanciacion entre los demas acreedores; bien que aunque por esta separacion y pago quede el Fisco con una general preferencia á todos los acreedores privilegiados, siempre queda á estos y demas del concurso su derecho á salvo, no para disputar de la preferencia ó antelacion Fiscal, y sí para litigar ante el Juez privativo del Fisco la legitimidad y certeza de su Real crédito en tanto grado, que si justificasen no ser verdadero, debe restituirse por el Fisco al caudal comun la cantidad separada para el pago.

105 Queda sentado al fin del párrafo ochenta y seis que cuando el concurso se forma ante el inferior, el administrador de los bienes no tiene facultad para cobrar los débitos pertenecientes al deudor, por aquella mayor facilidad con que puede la Curia ó tribunal hacerlos exequibles sin necesidad de delegar para ello jurisdiccion alguna al administrador. Con este motivo ocurre esponer un grave error que en la práctica causa considerables perjuicios. Hágase reflexion cuántos concursos, quiebras y testamentarías se hallan sepultadas sin determinacion hechas una monstruosa hidra de procesos, cuya vida no es posible alimentar sin espender todo ó la mayor parte del caudal en costas, y menos posible la determinacion sin que pasen muchos años para la sustanciacion, y en este tan dilatado perjudicial ínterin los caudales se hallan en poder de depositarios, y los verdaderos interesados con el desembolso de ellos.

106 El motivo ó motivos de tanto público y privado daño puede ser, ya las muchas causas, ramos é incidentes que se instruyen y forman para cobrar los débitos pertenecientes al deudor comun, cuya sustanciacion se retarda unas veces por empeños de los deudores, y otras por las transacciones y ajustes que intentan, ya la ausencia de algunos acreedores, ya porque el administrador ó depositario es parcial ó amigo del Escribano, y en el ínterin comercia con el caudal comun, ó tal vez los caudales y efectos depositados se hallan en casa del Escribano, ó de su órden en casa de algun otro; ya porque

los acreedores desengañados de lo mal ó tarde que cobran sus créditos, desconfian el seguimiento de las diligencias de su justificacion por no perder ademas de su importe el de las costas; y en este tan lamentable estado, solo cuando el Escribano necesita algun libramiento es móvil para que se pidan éstas ó las otras diligencias con que ir disimuladamente consumiendo á su favor el caudal en costas; de modo que estos graves perjuicios claman por el remedio, y exigen de justicia la mayor atencion de los Jueces, para que velando siempre sobre la sustanciacion y determinacion de estas generales causas, y cuidando de que se instauren los menos incidentes que sea posible, tengan fin semejantes pleitos y cumplido efecto las disposiciones de derecho.

107 Parece á mi cortedad seria parte del remedio no permitir se formase espediente alguno para el cobro de los débitos dudosos, de dificil exaccion ó incobrables, dejándolos con la nota de tales dudosos ó incobrables, y adjudicándolos á prorata á los acreedores, á quienes, ya por el giro del comercio, por el enlace y conexion de dependiencias, y por otras innumerables circunstancias, será menos costoso y mas facil el cobro que si se intentase por justicia, ademas de no ocupar el tiempo en espedientes inútiles, y consumir parte del caudal en sus diligencias. No por esto deben dejar de cobrarse los débitos de facil exaccion, ni menos los que habian de perderse con la dilacion; y á este efecto quedan en el deudor todas aquellas acciones activas que le corresponden contra sus deudores, y puede muy bien deducirlas cobrando lo que se le adeuda, que deberá agregar al caudal en beneficio de sus acreedores. Con esta precaucion y demas que advertirá la prudente conducta de los Jueces, se remediará tanto perjuicio, y tendrán el debido fin estas generales causas.